

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



Conflitos entre normas que se intercetam

Diogo Queirós Lages

Orientador: Professor Doutor David Duarte

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Mestre em Direito,
especialidade de Direito Constitucional

2018

**Aos meus pais
e à minha irmã**

Agradecimentos

Quero aproveitar este espaço para mostrar o meu sincero agradecimento às pessoas que partilharam este momento que agora se encerra, que sem dúvida foi dos mais importantes, enriquecedores e trabalhosos, por sinal.

Começando pelos meus pais, que fizeram imensos esforços para o que o filho mais novo conseguisse concretizar o seu objetivo de prosseguir para mais uma etapa na vida académica. Nunca serão esquecidas as segundas-feiras de madrugada para me levarem à estação de autocarros, para mais uma vez ir para Lisboa, e no regresso lá estavam eles, novamente, à minha espera. Podia mencionar todo o apoio que me deram durante estes três anos, nunca duvidando do caminho escolhido, porém só isto seria escasso para mostrar tudo o que fizeram por mim, assim, remeto apenas para as madrugadas frias à espera do autocarro, que ainda hoje são tema de conversa e alívio por já terem terminado. Por outro lado, e não menos importante, a minha irmã. Primeiramente, agradecer pelo modelo que sempre foi para mim, se hoje tenho os objetivos que tenho, estando alguns a alcançar muito se deve a ter um exemplo em casa que me fazia querer ser melhor. E, como é óbvio, agradecer todas as perguntas: “Como é que vai a tese?”. “Já tens algo para eu ler?”, sem dúvida que foi peça chave para a conclusão de muitos trabalhos ao longo destes anos. Agradecer também ao Luís, meu cunhado, que rapidamente se tornou como que um irmão, todos os momentos partilhados, todas as ajudas dadas, sabendo que poderia contar sempre consigo. Englobar neste campo a minha família, não individualizando, porque assim é que se fala da família, em conjunto.

Agradecer, logo de seguida aos meus amigos, que mesmo sem percebendo ajudavam a realizar este trabalho, permitindo afastar-me por momentos do trabalho solitário da elaboração da tese. Evidenciar aqui o papel de Ana Clara, que me permitiu, através das nossas conversas interdisciplinares, alargar o meu conhecimento, que contribuiu e muito para a elaboração desta tese, não esquecendo todo o carinho, preocupação e ajuda para comigo.

E por fim, um agradecimento ao meu orientado, Professor Doutor David Duarte, por toda a ajuda prestada durante a elaboração deste trabalho, respeitando os longos silêncios e acima de tudo o despertar em mim uma visão crítica sobre a ciência jurídica, abrindo as portas de uma área do Direito que se encontravam bem fechadas e que agora se mostra o caminho certo a seguir.

A todos o meu sincero obrigado,

Porto, 2018.

Resumo

O objeto da discussão este trabalho é a análise sobre os conflitos normativos. A nossa atenção irá recair, principalmente, sobre os conflitos onde as normas se intercetam. Este tipo de conflitos normativos mostra-se estimulantes para a comunidade jurídica, uma vez que não existe uma norma de conflito tipificada no ordenamento jurídico. Assim, neste tipo de conflito iremos examinar os conflitos parcial-parcial, conflitos em concreto e, logicamente, conflitos entre princípios. Porém, antes de entrarmos no âmbito dos conflitos normativos, será indispensável proceder a uma distinção clara e coerente entre regras e princípios. Apenas procedendo a uma distinção e, consequente definição de princípio e regras estaremos em melhor posição para entender o contexto geral de certos tipos de conflitos. Assim, nesta exposição iremos analisar duas modalidades de distinções. Por um lado, uma tese fraca que assenta a sua distinção em elementos linguísticos, importância social ou método de resolução, por exemplo, e, por outro lado, uma tese forte que procura distinguir princípios e regras recorrendo a elementos estruturais das próprias normas. Ao longo desta distinção iremos abordar distinções clássicas da literatura jurídica, como são os exemplos das distinções elaboradas por Robert Alexy ou Ronald Dworkin. Após examinado estes dois tópicos, de forma natural iremos abordar a resolução de conflitos normativos. O nosso foco de atenção, neste segmento, será a resolução de conflitos de normas que se intercetam. Deste modo, não havendo no ordenamento jurídico uma norma de conflito com capacidade de resolver conflitos lógicos, analisaremos o papel do princípio da proporcionalidade e dos seus subprincípios, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, na resolução de conflitos normativos lógicos. Devido à inexistência de uma norma de conflitos, no ordenamento jurídico, com capacidade de resolver princípios lógicos, é necessário recorrer ao princípio da proporcionalidade para resolver estas situações normativas. É através do princípio da proporcionalidade que se faz uma ponderação entre as normas em conflito, extraíndo do princípio da proporcionalidade em sentido estrito a fórmula de peso, elaborada por Robert Alexy, que também será alvo de análise nesta exposição.

Palavras chave: conflitos normativos; princípios; conflitos parcial-parcial; ponderação; princípio da proporcionalidade; fórmula peso;

Abstract

The subject of this discussion is the analysis of normative conflicts. Our focus will mainly be on conflicts where norms are intercepted. This type of normative conflicts proves to be stimulating for the legal community, since there is no norm of conflict typified in the legal order. Thus, in this type of conflict we will examine partial-partial conflicts, concrete conflicts and, logically, conflicts between principles. However, before entering into the context of normative conflicts, it is indispensable a clear and coherent distinction between rules and principles. Only by making a distinction and, consequently, defining principles and rules we will be in a better position to understand the general context of certain types of conflicts. Thus, in this exhibition we will analyze two modalities of distinctions. On the one hand, there is a weak thesis, based on its distinction in linguistic elements, social importance or method of resolution, for example, and, on the other hand, a strong thesis that seeks to distinguish principles and rules using norms structural elements. Throughout this distinction we will approach classical distinctions of legal literature, as examples the distinctions elaborated by Robert Alexy or Ronald Dworkin. After examining these two topics, we will, naturally, address the resolution of normative conflicts. Our focus, in this segment, will be the resolution of conflicts of norms that intercepted. Thus, since there is no conflict rule in the legal system with the capacity to solve logical conflicts, we will analyze the role of the principle of proportionality and its sub-principles, adequacy, necessity and proportionality in the strict sense, in the resolution of logical normative conflicts. Due to the lack of a conflict rule, in the legal system, with the capacity to solve logical principles, it is necessary to use the principle of proportionality to solve these normative situations. It is through the principle of proportionality that balancing between the conflicting norms is drawn, deriving from the principle of proportionality in the strict sense the weight formula elaborated by Robert Alexy, which will also be the subject of analysis in this work.

Keywords: normative conflicts; Principles; partial-partial conflicts; balancing; principle of proportionality; weight formula;

Capítulo I. Considerações iniciais

Atualmente parece não consistir qualquer dúvida dentro da comunidade jurídica que, qualquer ordenamento jurídico irá presenciar, a qualquer momento um conflito entre normas. A isto deve-se a construção e reconstrução que são inerentes ao Direito. Estas mudanças impedem uma manutenção atemporal dos elementos do Direito, sob pena de estarmos perante uma ordem jurídica ineficaz e afastada da realidade social e política.

Os factos não são iguais em diferentes tempos. Assim, factos diferentes são valorados por olhares diferentes, permitindo que factos iguais sejam valorados de forma distinta consoante o olhar de quem os valora. Esta realidade em conjugação com a vertente dinâmica do Direito, que se apresenta sujeita ao resultado do pensamento humano e consequentemente aos seus erros, e da organização social, confronta o jurista com a problemática da existência de normas conflituantes dentro do mesmo ordenamento jurídico. Longe vão os tempos onde se acreditava que o ordenamento jurídico era consistente e coerente, não dando origem a conflitos normativos. Assim, a situação ideal para um sistema jurídico seria, portanto, a ausência de quaisquer conflitos entre as normas pertencentes ao mesmo. Esta era a realidade nas constituições de Justiniano, já que no início do Digesto é afirmado que não haveria normas contraditórias¹.

A crescente consciencialização que um sistema jurídico não tem capacidade para se manter coerente e constante, e, assim, afastar de si possíveis conflitos normativos, levou a que nos tempos mais recentes a temática dos conflitos entre normas tenha sofrido uma alavancagem de grande expressão. Este aumento produtivo de publicações e estudos sobre os conflitos está intimamente ligado com o desenvolvimento das exposições em torno dos conflitos entre princípios, ou conflitos entre normas constitucionais. Para a realização desta circunstância concorrem diferentes fatores. Assim, estamos perante uma temática que permite diferentes abordagens e diversas teses, o que se torna aliciante para os juristas. Por outro lado, a presença de normas de grande grau hierárquico, uma vez que são normas com garantia constitucional

¹ BOBBIO, Norberto, Teoria do ordenamento jurídico, Editora UNB, Brasília, 1999, pág. 81.

e, como tal, normas que estão conectadas com o indivíduo e com a sociedade em geral, já que regulam e afetam questões básicas, mas das mais fundamentais para a comunidade. E por fim, mostra-se um tema desafiante para jurista que pretende por em prática um positivismo jurídico metodológico, teoria que pretende estudar o fenómeno jurídico recorrendo ao positivismo, negando a vinculação entre Direito e Moral, com uma pretensão de neutralidade axiológica e epistémica, uma vez que se vê obrigado a ultrapassar obstáculos que mostram resistentes às teorias positivas.

Após esta pequena alusão aos encantos que esta temática tem para a comunidade jurídica, pecando, como é óbvio, por escassa, é indispensável mencionar o rumo pretendido para este trabalho. Assim, o tema fulcral centra-se, tal como o nome indica, no conflito entre normas que se intersectam. É óbvio que à primeira vista, este conceito leva-nos diretamente no caminho dos conflitos constitucionais, ou conflitos entre princípios, tema largamente discutido e abordado na literatura jurídica. Desta forma, torna-se claro que esse tema será acercado ao longo desta exposição. Porém, não é nosso objetivo que este trabalho se encontre preso apenas a este tópico, pairando à sua volta assuntos de igual ou maior interesse.

Portanto, o trabalho pretende abordar para além dos conflitos entre princípios, outros tipos de conflitos que se mostrem estimulantes e enriquecedores para o conteúdo desta exposição, assim, conflitos como parcial-parcial, conflitos em abstrato ou em concreto marcarão presença neste trabalho. Desta forma, este trabalho irá se dividir em três grupos claramente diferenciados:

- (i) Em primeiro lugar, iremos debruçar-nos sobre a distinção entre regras e princípios. Temática esta que já conta com imensos contributos, que levam a que não exista um consenso numa explicação da diferenciação destes dois tipos de normas. Será nosso objetivo, neste capítulo, percorrer as diversas teses de distinção, sempre com um aspeto crítico apurado, culminando na escolha da distinção que, ao nosso ver, melhor consiga distinguir regras e princípios.
- (ii) Em segundo lugar, propomos uma exposição do conceito de conflito normativo. Neste capítulo, iremos passar pelos diferentes tipos de conflito, analisando os aspetos determinantes de cada um, tendo, como é óbvio, uma maior atenção nos conflitos que dão o nome a este

trabalho, que serão o caso dos conflitos parcial-parcial, conflitos em concreto e conflitos entre princípios.

- (iii) Por último, e após a exposição sobre os conflitos normativos, o caminho natural a seguir será o de nos debruçar sobre a melhor forma de solucionar estes conflitos. Levantando um pouco o véu do que será exposto neste capítulo, devido às características únicas dos conflitos abordados na secção anterior, será necessário recorrer a um método próprio para solucionar estes problemas. Assim, iremos elucidar sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade para resolver conflitos normativos, enquadrando este princípio, e os seus desdobramentos, num contexto de ponderação.

Capítulo II. Regras e Princípios

Neste segmento iremos debruçar-nos sobre a temática da distinção entre princípios e regras, assunto este com merecido destaque pela doutrina, tanto no âmbito da Filosofia do Direito como do Direito Constitucional. O aumento dos estudos sobre este tópico deve-se, em grande medida, à importância que esta diferenciação normativa simboliza na interpretação e compreensão constitucional. Por outro lado, a complexidade e dificuldade, em obter uma distinção uniforme e aceite pela unanimidade da doutrina jurídica, torna o seu estudo bastante apetecível.

Primeiramente, para compreender este tópico, é necessário proceder a uma contextualização histórico-jurídica. Deste modo, é de extrema importância referenciar e relatar de forma breve o movimento conhecido por neoconstitucionalismo. Apesar deste conceito albergar no seu cerne diversas características, para o seguimento deste trabalho será, então, relevante focar a nossa concentração nas mudanças constatadas nos textos constitucionais.

Com o término da 2ª Guerra Mundial observa-se, na Europa, alterações de grande relevância nas Constituições. Assim, o panorama observado até então, reduzia as constituições praticamente a um conjunto de normas de conteúdo institucional e procedimental, as quais tinham como objetivo regular o funcionamento, estrutura e competências das instituições do Estado.

Como consequência dos horrores e atrocidades praticadas antes e durante a 2ª Guerra Mundial, os novos textos constitucionais promulgados começaram a dar uma maior relevância a normas que limitavam a liberdade do legislador e das instituições de poder público. Sendo assim, começam a estar presente nas Constituições europeias princípios, direitos ou bens protegidos, criando, então, os conhecidos Direitos Fundamentais. Com esta mudança dos textos constitucionais e o aparecimento de normas com um valor superior, e consequentemente, com capacidade de limitar o poder estatal dá-se a passagem do positivismo para o pós-positivismo. Esta nova corrente filosófica tem como principal objetivo ultrapassar a problemática da estreita legalidade, recorrendo, para tal, à atribuição de normatividade aos princípios, definindo a sua relação com as regras, formação de uma nova hermenêutica constitucional e o

desenvolvimento de uma teoria dos Direitos Fundamentais tendo como principal referência a dignidade humana². Pode concluir-se que existe uma aproximação entre Direito e a Moralidade, sendo quase uma exigência o recurso à moral para uma leitura do Direito, incluindo, portanto, nos ordenamentos jurídicos as ideias de justiça e legitimidade³.

No entanto, não é o aparecimento dos princípios nas constituições, e consequentemente no ordenamento jurídico, que representa uma novidade no pensamento jurídico. A singularidade desta corrente filosófica advém que, indiferentemente à positivação dos princípios na ordem jurídica, estes devem ser considerados como parte integrante, contribuindo para que o sistema jurídico se encontre em harmonia com os ideais de justiça, como já referido anteriormente e, para que se encontre num elevado grau de completude e unidade. Portanto, é nesta nova corrente jurídico-filosófica que se desenvolve o neoconstitucionalismo.

Após um breve esboço da corrente jurídico-filosófica, é agora tempo da nossa atenção recair sobre o aparecimento do conceito de princípios na doutrina e na consequente tentativa de distinção entre regras e princípios em que podemos distinguir duas teses opostas. Por um lado, a tese da separação fraca que se divide nas seguintes teorias: (i) teoria do nível de abstração, generalidade ou vaguidade das normas; (ii) teoria da importância normativa; (iii) teoria da resolução de conflitos normativos. Já a tese da separação forte é constituída pelas seguintes teses: (iv) tese de Ronald Dworkin; (v) tese de Robert Alexy; (vi) tese de Atienza e Ruiz Manero; (vii) tese das normas categóricas e hipotéticas; (viii) tese da genericidade do antecedente.

2.1. Tese da separação fraca

2.1.1. A tese do nível de abstração, generalidade ou vaguidade

² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun. 2005, pág.6.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: Revista Diálogo Jurídico. Ano I – vol. I – n. 6. Salvador –BA. Setembro de 2001, pág. 19.

Esta tese assenta os seus pressupostos na ideia de que os princípios utilizam uma linguagem com elevado grau de generalidade, indeterminação ou vaguidade. Por outro lado, as regras seriam normas com um nível de abstração reduzido. A elevada indeterminação inerente aos princípios, presente na utilização de expressões vagas ou abstratas, acrescenta uma dificuldade de interpretação ao intérprete do princípio. Consequentemente, o grau de certeza presente nas regras é superior, devido à utilização de expressões claras e precisas.

Portanto, este critério baseia os seus fundamentos numa distinção de grau, uma vez que utiliza critérios linguísticos para diferenciar princípios e regras. Como resultado, é possível inferir que, ao não utilizar uma distinção categorial, ambas as normas apresentam a mesma estrutura. A utilização de uma distinção de grau por si só pode ser apresentada como uma crítica, contudo as críticas não se esgotam neste aspeto.

Esta tese confunde enunciado normativo com norma. O enunciado normativo é a forma que a norma tem de comunicar com o destinatário, ou seja, é a expressão da norma⁴. Deste modo, podemos observar que o problema da incerteza ocorre no enunciado normativo, uma vez que é neste que encontramos as relações sintáticas e semânticas. Deixamos de estar perante um problema entre normas, para passar a ser um problema entre enunciados.

Por outro lado, ao utilizarmos este critério podemos cair no erro de apelidar uma norma como princípio quando na realidade estamos perante uma regra e, vice-versa. Destarte, a utilização de conceitos vagos ou abstratos, cujo o seu significado se apresente mais impreciso, não é uma característica apenas dos princípios. A utilização de conceitos *como bom pai de família, perigo iminente* ou *manifestamente excessivo* apresentam um elevado grau de incerteza, porém estes conceitos são utilizados em normas que são consideradas regras. Ao abrigo deste critério estaríamos, portanto, na presença de princípios, realidade que não corresponde à opinião da comunidade jurídica. Analisando os princípios, encontramos enunciados normativos que não apresentam um grau de vaguidade tão acentuado como nas expressões acima descritas. Por exemplo, o nº1 do artigo 38º da Constituição da República

⁴ DUARTE, David. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa - A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discrecionabilidade Instrutória*, pág. 39.

Portuguesa, “É garantida a liberdade de imprensa”, é composto por expressões mais claras e precisas do que, por exemplo, *bom pai de família*, embora a comunidade jurídica não apresente dúvidas em conceituar esta norma como um princípio.

Já no que concerne à ideia de generalidade na distinção entre princípios e regras, este também nos parece errado. A grande falha prende-se com a própria ideia de generalidade, uma vez que este conceito recai sobre a quantidade de destinatários da norma. Visto que tanto os princípios como as regras são sentidos de dever ser, a diferença entre ambas estaria presente na quantidade de destinatários a que cada tipo de norma alcançaria. Assim, segundo este critério de distinção, a aplicação de um princípio alcançaria um maior número de destinatários, situação que não tem contacto com a realidade.

Por último, é necessário analisar o critério da abstração. Desta forma, a abstração seria a característica de uma norma ser aplicada de forma constante, sempre que os factos previstos nesta sejam verificados. Logo, é de fácil percepção que esta característica atue como diferenciadora entre normas, visto que está presente em ambas as normas⁵. Tanto regras como princípios são aplicados de forma reiterada sempre que os factos previstos são verificados.

2.1.2. Tese da importância da norma

Outra tese, dentro desta categoria da separação fraca, que tenta proceder a uma distinção entre princípios e regras é a tese referente à importância das normas. De forma sucinta, esta tese tenta demonstrar que os princípios seriam normas com um grau de importância superior em comparação com as regras.

À primeira vista, este critério apresenta um argumento forte, uma vez que, se analisarmos os princípios, normalmente estes confundem-se com direitos fundamentais que regulam, sem dúvida, questões bastante importantes. Todavia, mais uma vez, estamos perante um critério que faz uma distinção de grau, que sofre ele próprio de vagueza, visto que a importância das normas não se apresenta como um critério claro e uniforme para a distinção.

⁵ DUARTE, David. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa - A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, pág. 100, nota 5.

Enquanto que, para um sujeito uma norma jurídica pode apresentar-se de extrema importância, porém, essa mesma norma pode não ter o mesmo grau de importância para outro sujeito. Destarte, este critério está dependente da própria situação concreta do destinatário da norma. Imaginando a situação de um sujeito que enfrenta problemas com a entidade patronal, por exemplo uma questão de férias, parece-nos evidente que, para este sujeito, será de maior relevância a norma laboral que dê resposta ao seu problema, do que a norma que permite que todos se possam expressar livremente.

Portanto, para além deste critério dar uma resposta diferente consoante o sujeito e o caso em análise, também se encontra dependente da própria cronologia, uma vez que resolvido o problema jurídico do sujeito, a norma perderá, conseqüentemente, grande parte da sua importância. Assim, o que determina o maior grau de importância de uma norma jurídica para um sujeito, são os efeitos da norma na sua esfera de atuação, e não a importância que poderá ter para outros⁶. Sendo a consequência da norma mais importante do que a norma em si, ou seja, a sua estrutura ou conteúdo, podemos concluir que estamos perante um panorama sociológico e não jurídico.

Sob outro ponto de vista, o critério da importância da norma pode remeter para o posicionamento hierárquico da norma. Com isso, os princípios seriam normas hierarquicamente superiores quando comparadas com as regras. Esta perspetiva da tese de importância acaba por no fundo ser apenas uma distinção entre normas constitucionais e infraconstitucionais⁷, uma vez que as normas constitucionais são as mais importantes dentro de um ordenamento. Contudo, uma Constituição não é apenas formada por princípios, visto que também se encontram regras tipificadas, principalmente de caráter institucional e procedimental. Por outro lado, também encontramos princípios com valor infraconstitucional, o que leva a que regras constitucionais sejam hierarquicamente superiores a princípios, e conseqüentemente mais importantes.

Portanto, também este critério não se apresenta capaz de dar uma resposta válida para a distinção entre princípios e regras, pois não é capaz de

⁶ RAMIÃO, Rúben. “A Teoria dos Princípios”, in *O Direito*, ano 146º, IV, 2014, pág. 983.

⁷ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa*, pág. 72.

apresentar uma diferença estrutural entre princípios e regras, remetendo-se a critérios sociológicos e hierárquicos.

2.1.3. Tese da resolução de conflitos normativos

Segundo este critério de distinção, a diferença entre princípios e regras é verificada por meio do método para resolver os conflitos entre normas. Logo, de acordo com este critério, apenas podemos classificar uma norma como um princípio, devido ao método escolhido para resolver os conflitos entre este tipo de normas. Como esclarece Prieto Sanchis, o que faz uma norma ser uma regra ou um princípio não são os seus aspetos linguísticos, mas a forma de resolver os conflitos entre normas, portanto, se num confronto entre normas uma delas cede ou triunfa sempre, estamos perante uma regra, porém se uma norma cede ou triunfa consoante o caso concreto, estamos perante um princípio⁸.

Assim, se duas normas entrarem em conflito e, da resolução deste mesmo conflito, for declarada a invalidade de uma delas, ou a introdução de uma exceção, estamos perante uma regra. Por outro lado, se do conflito resultar a não invalidade da norma e, portanto, a utilização do método da ponderação entre as normas, estamos perante um conflito entre princípios. A ponderação é uma operação utilizada para resolver conflitos normativos que não têm uma solução tipificada no ordenamento jurídico.

Esta teoria apresenta obstáculos difíceis de serem ultrapassados. Primeiramente, esta tese leva-nos a concluir que uma norma pode atuar como princípio e regra⁹, uma vez que apenas no momento da resolução do conflito é que a norma é classificada como princípio ou regra. Assim, não é dada qualquer atenção ao conteúdo ou estrutura da norma, segundo esta tese, visto que não são elementos determinantes para a resolução de um conflito, logo encontram-se afastados deste critério de distinção. Sob outra perspetiva, pode ocorrer que uma norma N1 prevaleça sempre sobre a norma N2, porém perante a norma N3 acaba por ser preterida, desta forma, N1 será ao mesmo tempo uma regra e um

⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, *“Diez argumentos a propósito de los principios”*, p.58.

⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *“Diez argumentos a propósito de los principios”*, p.59.

princípio¹⁰. Dado que, N1 ao prevalecer sempre N2, independentemente das circunstâncias do caso é classificada como regras, todavia quando conflitua com N3 necessita de juízo de ponderação. Todavia, esta teoria apenas permite uma classificação normativa, consoante a existência de um conflito, logo em situações em que nenhuma colisão se produza torna-se impossível uma classificação¹¹.

Outra crítica apresentada a esta teoria é formulada por David Martinez Zorrilla. Segundo o autor espanhol a construção de Prieto Sanchís tem os seus alicerces no comportamento da norma, deixando de fora da sua tese a definição conceitual. Tanto de regras como princípios. Como forma de ilustrar esta situação, Martinez Zorrilla utiliza como exemplo o conceito de água através da expressão “A água é H₂O”, enquanto “A água mata a sede” seria uma afirmação acerca da água. Desta forma, reportando à proposta de Prieto Sanchís, seria o mesmo que dizer que “matar a sede” seria o conceito de água¹². Assim, H₂O, que seria o verdadeiro conceito de água, acabaria por não ser considerada água em situações em que não fosse utilizada para matar a sede, enquanto que outro elemento que não seja água, pode ser caracterizado como tal, desde que sirva para matar a sede.

Por fim, a resolução de conflitos normativos através de um juízo de ponderação não é exclusivo dos conflitos entre princípios. É possível encontrar situações em que um conflito entre regras poderá levar a uma resolução recorrendo a uma ponderação. Utilizando o exemplo dado por Carlos Alchourrón¹³, em que uma autoridade normativa tenha ditado as seguintes disposições (i) é obrigatório parar perante um semáforo com sinal vermelho e (ii) proibido parar numa zona militar. Assim, basta que seja colocado um semáforo próximo de uma zona militar que estaremos, portanto, perante um conflito normativo. Tendo em atenção que não existe qualquer critério de prevalência normativa tipificada no ordenamento jurídico. Podemos, então, concluir que não existe uma solução formal para o caso em análise. Destarte, e de forma sucinta,

¹⁰ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa*, pág. 81.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ ALCHOURRÓN, Carlos, “G.H. von Wright y los desarrollos de la lógica deóntica” in *Anuario de F. Jurídica y social* 1, pág.133.

é possível referir que a ponderação seria a única forma de dar resposta a este caso de conflito entre regras, visto estarmos perante um conflito parcial-parcial¹⁴, e que o ordenamento não consegue dar uma resposta capaz a este tipo de conflito, sendo necessário recorrer a uma ponderação¹⁵.

2.2. Tese de separação forte

2.2.1. Distinções antecedentes

Após uma passagem pelos diferentes critérios que compõem a tese da separação fraca é agora tempo de analisar as diferentes teses da separação forte. A grande maioria dos trabalhos que se propõe aprofundar o tema da distinção entre princípios e regras apresentam como marcos fulcrais as teses de Ronald Dworkin e Robert Alexy, porém estas teses não podem ser consideradas como o início desta discussão na literatura jurídica. Parece-nos então importante para a completude e compreensão das teses em análise nesta secção, começar numa primeira fase por uma sucinta exposição dos autores e suas ideias que antecederam e influenciaram de certa forma tanto Dworkin como Alexy.

Começando pela doutrina alemã, um autor que sobressai no estudo dos princípios é Josef Esser, em sua obra de 1956: *“Princípio e norma na elaboração jurisprudencial de Direito Privado”*. Nesta obra, Josef Esser procede ao estudo isolado dos princípios por considerar esta temática uma lacuna por parte da literatura jurídica¹⁶. O autor alemão ao constatar a crescente importância dos princípios na jurisprudência, tanto continental como da common law, refere que o campo de ação dos princípios e consequente eficácia está patente na criação judicial¹⁷, considerando a jurisprudência como a criação efetiva do direito¹⁸. Embora considere os princípios um ponto fulcral nas decisões judiciais e, consequentemente, no Direito, para o autor alemão, os princípios não podem ser

¹⁴ Sobre este conceito *vide* Secção 3.1.2.2.

¹⁵ DUARTE, David, “Normative Conditions of Balancing: Drawing up the Boundaries of Normative Conflicts That Lead to Balances”, *op. cit.*, pág.58.

¹⁶ ESSER, Josef. *“Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado”*, pág.13.

¹⁷ ESSER, Josef. *“Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado”*, pág.19.

¹⁸ *Ibidem*.

considerados normas, mas sim tópicos, seguindo a terminologia utilizada, *topoi*¹⁹. Portanto, como tópicos que são, os princípios não contêm nenhuma instrução vinculante de efeito imediato, distinguindo-se das normas jurídicas por serem conteúdo em oposição à forma²⁰. Por meio destas características atribuídas por Esser aos princípios podemos concluir que estamos perante uma distinção funcional entre princípios e normas, devido ao seu papel de relevo na decisão judicial.

Outro autor que se empenhou no estudo e clarificação dos princípios foi Karl Larenz. O autor alemão seguiu claramente uma linha de pensamento idêntica a Esser, uma vez que faz uma distinção entre princípios e normas, colocando os princípios fora do âmbito da categoria de norma²¹, mas tendo um papel de justificador da norma²². Assim, os princípios na ótica de Larenz são diretrizes e razões para a justificação da regulação jurídica, tendo como objetivo alcançar o justo, e nesse sentido podem ser qualificados como *princípios do Direito Justo*²³. Além disso, afasta os princípios das regras por faltar aos primeiros o caráter formal. Enquanto que nas regras podemos encontrar uma hipótese e consequência, sendo aplicada de forma se, *então*²⁴, já nos princípios apenas encontramos a direção a seguir. Larenz acaba por concluir que os princípios serão os primeiros passos para atingir uma regra²⁵.

Após a análise do estudo dos princípios na literatura jurídica alemã, é agora de extrema relevância examinar o estudo deste tema na realidade anglo-americana, que serviu de antecedente ao trabalho desenvolvido por Ronald Dworkin. Destarte, na doutrina americana é necessário esmiuçar o trabalho desenvolvido por Roscoe Pound. Como sublinha Dworkin, Roscoe Pound já tinha analisado que havia a convicção dentro da comunidade jurídica que o Direito era apenas um conjunto de regras²⁶. Partindo da premissa que o Direito não se

¹⁹ ESSER, Josef, “*Principio y norma...*”, *op. cit.*, pág. 27.

²⁰ ESSER, Josef, “*Principio y norma...*”, *op. cit.*, pág. 65.

²¹ Com uma ideia idêntica a esta, CANARIS, Claus-Wilhelm, “*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*”, pág. 96.

²² LARENZ, Karl, “*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*”, pág. 34.

²³ LARENZ, Karl, “*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*”, pág. 35.

²⁴ ÁVILA, Humberto. “*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*”, pág. 40.

²⁵ LARENZ, Karl, “*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*”, pág. 33.

²⁶ DWORKIN, Ronald, “*The model of rules*”. *The University of Chicago Law Review*, n. 35, pág. 39.

confina a um conjunto de regras, Pound formula uma linha de pensamento, o qual contraria o sistema de regras impostos pelo positivismo que dominava o pensamento jurídico da época. O autor norte-americano menciona que era comum caracterizar o Direito como um conjunto de regras, porém a utilização desta nomenclatura teria que ser vista num sentido amplo e não estrito, já que não era apenas constituído por regras presentes nos códigos e textos legais²⁷. Estas regras jurídicas, que são caracterizadas por serem previsões detalhadas e definitivas, constituem o fundamento para os princípios jurídicos²⁸. Assim, o sistema jurídico seria composto também por princípios que, ao contrário das regras, são obtidos em premissas gerais, permitindo fornecer novas regras, interpretar as antigas, medir o âmbito de aplicação de regras e conciliá-las quando estas entram em conflito²⁹. Sob outra perspetiva, serviam também como ponto de partida para o raciocínio e fundamentação jurídica, em casos onde as regras não conseguiam dar uma resposta capaz³⁰. Todavia, um sistema jurídico não seria formado apenas por regras e princípios, na conceção de Roscoe Pound, uma vez que existiam ainda os preceitos que definem conceções e preceitos que prescrevem critérios. Estas quatro figuras são denominadas como regras em sentido amplo, embora as conceções e os critérios, apesar da sua importância na administração da justiça, não são regras em qualquer sentido³¹. Esta divisão das regras em sentido amplo em quatro categorias distintas serve para demonstrar que um sistema jurídico não é formado apenas por regras, atacando desta forma as crenças positivistas num modelo de regras e na força do direito positivado.

2.2.2. Tese de Ronald Dworkin

Como vimos no segmento anterior, existe um precedente no que concerne ao estudo dos princípios e consequente distinção entre princípios e regras, porém a discussão em torno deste tema é impulsionada com o trabalho

²⁷ POUND, Roscoe, “*An introduction to the philosophy of law*”, pág. 115.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ POUND, Roscoe, “*An introduction to the philosophy of law*”, pág. 116.

³⁰ POUND, Roscoe. “*Mi filosofía del derecho*”. In: CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan (Orgs). “*El ámbito de lo jurídico: lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*”, pág. 310.

³¹ POUND, Roscoe, “*Mi filosofía...*”, *op. cit.*, págs. 309 e 310.

desenvolvido por Ronald Dworkin. O seu contributo começa com a publicação do seu artigo “Model of Rules”³², sendo mais tarde consolidado na sua obra “Taking Rights Seriously”³³.

O grande objetivo de Ronald Dworkin com o estudo dos princípios é criticar o modelo positivista em voga no seu tempo, principalmente as concepções de Herbert Hart³⁴. Dworkin para atacar o positivismo e consequentemente a ideia que um sistema jurídico apenas é constituído por regras, utiliza as situações denominadas *hard cases*. Desta forma, estamos perante um *hard case* quando não é possível retirar um raciocínio lógico-dedutivo simples, uma vez que é difícil determinar as premissas normativas, que podem ocorrer por dificuldades em seleccionar as normas relevantes para o caso concreto ou complexidade em determinar o significado exato destas normas, ou com premissas fáticas, ou seja, desconhecimento dos factos ocorridos ou dificuldade em classificar normativamente. Para Ronald Dworkin, um sistema formado apenas por regras não tem capacidade para uma solução aos problemas levantados pelos *hard cases*, já que é nestas situações onde operam os princípios e as diretrizes políticas (*polices*)³⁵. Desta forma, o positivismo e, consequentemente, o modelo de regras de Hart dão uma ampla discricionariedade ao julgador, visto que, ao não encontrar uma norma clara para resolver um caso difícil, não se encontram estabelecidos parâmetros que balizem a atuação do julgador, tornando-o num autêntico legislador, com capacidade de poder discricionário para decidir um caso de uma maneira ou de outra³⁶.

Na visão de Dworkin, uma diretriz política é um objetivo a ser alcançado, normalmente de cariz económico, político ou social, ou seja, uma melhoria a ser refletida na comunidade. Por outro lado, os princípios, ao contrário das diretrizes políticas, não têm uma intenção de melhoramento da comunidade nas áreas acima descritas, mas são requeridos por uma questão de justiça, aproximando o Direito e a Moral³⁷.

³² “The model of rules” in: The University of Chicago Law Review, n. 35, p. 14-46.

³³ Taking rights seriously, Harvard University Press, 1977. Na tradução para português: “Levando os direitos a sério”.

³⁴ HART, Herbert, O conceito de direito.

³⁵ DWORKIN, Ronald, “The model of rules”, págs. 22-23.

³⁶ DWORKIN, Ronald, Levando os direitos a sério, pág. 127.

³⁷ DWORKIN, Ronald, “The model of rules”, pág. 23.

Ronald Dworkin apresenta uma distinção lógica e de natureza qualitativa entre princípios e regras³⁸. Assim, as regras são aplicadas de forma disjuntiva, ou seja, de formas “tudo-ou-nada”: se os factos estipulados numa regra são observados, esta é utilizada na decisão, caso contrário não terá qualquer tipo de relevância para o caso concreto. É possível concluir, assim, que a subsunção é o método a utilizar nestas situações. Todavia, poderá verificar-se que a regra em causa era uma exceção, ou seja, outra regra que exclua a regra original. As exceções de uma regra devem estar enunciadas para que a regra não seja incompleta e imprecisa, pois é possível listar todas as exceções de uma regra³⁹. Esta característica da possibilidade de enumeração de todas as exceções de uma regra leva à conclusão que Dworkin defende um sistema completo e coerente, um sistema axiomático⁴⁰.

A grande diferença, apontada por Dworkin, entre os princípios e regras prende-se com a presença de uma dimensão de peso, ou importância, nos primeiros⁴¹. Assim, quando dois princípios entram em conflito é necessário constatar qual a sua força relativa dentro do caso a decidir. O princípio que tenha menor peso acabará por ceder perante o outro, sendo afastado da decisão, porém continuará presente no ordenamento jurídico. No entanto, quando estamos perante um conflito entre regras a conjuntura será diferente, uma vez que uma das regras será considerada inválida e afastada do ordenamento. Sob outro prisma, os princípios divergem das regras, visto que estes não indicam condições de aplicação, indicando apenas uma direção a tomar. Portanto, neste sentido as regras apresentam razões peremptórias, num determinado caso, uma vez que os princípios oferecem razões *prima facie*, em consequência da necessidade de determinar o peso dos princípios no caso concreto.

Como forma de conclusão, é de grande valor transcrever um esquema elaborado por Thoma R. Kearns, que expõe as diferenças entre princípios e regras de forma lacónica, mas, simultaneamente, bastante completa⁴²:

³⁸ DWORKIN, Ronald, “*The model of rules*”, pág. 25.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ GARCÍA FIGUEROA, “*Alfonso. Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*”, pág. 166.

⁴¹ DWORKIN, Ronald, “*Model of rules*”, pág. 27.

⁴² KEARNS, Thomas R, “*Rules, Principles, and the Law*” *The American Journal of Jurisprudence* vol. 18, págs. 120-121.

R1: A norm with exceptions either is not a rule or it is an incompletely formulated rule whose “exceptions” can (in principle) be incorporated into some fuller statement of the rule.	P1 “Counter-instances” to principles cannot be stated exhaustively.
R2 If a rule applies, then it necessitates a particular decision or result.	P2 Applicable principles merely state reasons that “argue in one direction.”
R3 If two rules conflict, then one of them is not a valid rule.	P3 That two principles conflict does not entail that one of them is invalid.
R4 Though some rules are functionally more important than others, they have no weight dimension of a sort that will resolve conflicts.	P4 Principles have a “weight” dimension such that a “conflict” among them is (in principle) resolvable by taking into account the relative weight of each.

Embora esta teoria de Ronald Dworkin seja de grande relevância e tenha contribuído de sobremaneira para o desenvolvimento da distinção entre regras e princípios, enfrenta algumas dificuldades que tentaremos agora elencar da melhor forma possível. Primeiramente, é necessário referir a própria estrutura do pensamento de Dworkin, uma vez que, como o próprio refere, o seu objetivo é criticar o positivismo, logo observamos um acumular de argumentos capazes de contrariar o pensamento positivista de Hart e não um discurso sistemático sobre

os princípios. E, para tal, o autor norte-americano acaba por usar argumentos mais engenhosos do que propriamente eloquentes⁴³.

Dworkin apresenta as regras como razões peremptórias para o caso concreto e os princípios como razões *prima facie*, todavia não tem em atenção as situações onde só se aplica um princípio. Seguindo, assim, a linha de raciocínio, também os princípios serão razões definitivas para resolver o caso. Como consequência também a tese de que os princípios apresentam uma dimensão peso, cai por terra, dado que só se aplicará um princípio para solucionar o caso. Nesta situação, podemos concluir que Dworkin distingue os princípios e regras tendo em consideração uma circunstância de conflito normativo

Sob outro prisma, parece que Dworkin não tem em consideração as situações em que princípios e regras interagem entre si. Desta forma, os princípios podem introduzir exceções às regras, exemplo disso é o famoso caso *Riggs vs Palmer*, em que um princípio, que a ninguém é permitido beneficiar da sua própria fraude, ou tirar vantagem de seus atos ilícitos, afastou uma regra que regulava um problema de herança. Destarte, as regras não têm as suas exceções finitas, contrariando a ideia de que são razões perentórias.

Por último, também a ideia de que as regras apresentam uma característica disjuntiva, utilizando o método de aplicação tudo-ou-nada, denota certas dificuldades. Antes de se verificar a subsunção das regras e consequentemente aplicação destas é necessário recorrer a outro processo. Desta forma, é necessário proceder a uma interpretação da disposição normativa, ou seja, dos enunciados presentes numa fonte de direito. Estes enunciados são o objeto da atividade interpretativa e através do conteúdo retirado da interpretação efetuada tem-se como resultado a norma jurídica⁴⁴. Neste seguimento, as regras antes de serem aplicadas ao caso concreto, necessitam de uma interpretação, onde irá retirar as suas consequências que serão implementadas ao caso concreto⁴⁵.

⁴³ RAMOS PASCUA, José Antonio. “El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser”, *op. cit.*, pág. 285

⁴⁴ GUASTINI, Riccardo, “Estudios sobre la interpretación jurídica”, tradução de M. Gascón y M. Carbonell, pág. 11.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. “Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, pág. 48.

2.2.3 Tese de Robert Alexy

Robert Alexy é um dos mais conceituados autores a concentrar os seus esforços numa tentativa de clara distinção entre princípios e regras. O ilustre autor alemão tem como ponto de partida para a elaboração da sua tese a concepção dworkiana. No seu artigo “Sobre o conceito de princípios jurídicos” (*Zum Begriff des Rechtsprinzips*)⁴⁶, Alexy critica os critérios utilizados pelo autor norte-americano, posto que estes não têm capacidade para alcançar o cerne da distinção entre princípios e regras. De forma sucinta, Alexy evidencia uma lacuna na tese de Ronald Dworkin, já que não é possível constatar como é que os princípios, tendo uma dimensão de peso, entram em colisão.

Previamente a entrar na teoria dos princípios, elaborada pelo professor de Kiel, é de suma importância clarificar a sua visão geral do Direito. Robert Alexy é um dos autores que critica e nega o positivismo jurídico. Alexy descreve o Direito como sendo constituído por uma dupla natureza, por um lado apresenta uma dimensão fática ou institucional e, por outro assume uma dimensão ideal ou crítica⁴⁷. A dimensão fática ou institucional do Direito parte da perspectiva que o Direito é observável a partir da legalidade, isto é, conforme o ordenamento jurídico, a sua eficácia social e consequente coercibilidade. Deste modo, quem apenas define o Direito tendo em consideração a legalidade defende uma concepção positivista. De forma lacónica, a dimensão ideal do Direito carrega consigo uma pretensão de correção⁴⁸, observando uma conexão entre o Direito e a Moral. Assim, a pretensão de correção tem um ideal de identificação, em que dentro do ordenamento jurídico se deve identificar a norma correta ao caso concreto e, um ideal moral, pois o conteúdo deverá ser justificável, justo e moral⁴⁹. Nas situações onde o Direito aplicado seja injusto ou imoral estamos

⁴⁶ *Zum Begriff des Rechtsprinzips, Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979. As ideias apresentadas neste trabalho foram mais desenvolvidas na obra *Theorie der Grundrechte*, na tradução para espanhol: *Teoría de los derechos fundamentales*.

⁴⁷ ALEXY, Robert, “Los Principales Elementos de Mi Filosofía del Derecho”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, 2009, pág.68; “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, Vol. 21, Number 3, September, 2008, pág.290.

⁴⁸ ALEXY, Robert, “Los Principales Elementos de Mi Filosofía del Derecho”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, 2009, pág. 68-72.

⁴⁹ ALEXY, Robert, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, Vol. 21, Number 3, September, 2008, pág.290.

perante Direito inválido. Destarte, a teoria dos princípios é aspeto fulcral no pensamento de Alexy, uma vez que os princípios apresentam uma correlação entre o Direito e a Moral.

A distinção entre princípios e regras, no pensamento de Robert Alexy, apresenta dois momentos distintos, sempre com o foco principal nos mandatos de otimização. A teoria dos princípios de Alexy é dividida em três teses distintas: (i) a tese de otimização; (ii) a lei de colisão; (iii) e a lei da ponderação⁵⁰.

Na primeira versão da teoria de Robert Alexy os princípios são considerados mandatos de otimização. Os princípios são, então, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, quer na dimensão fática como juridicamente⁵¹. Já as regras e, coincidindo com a ideia de Dworkin, seriam normas que, ou são cumpridas ou incumpridas, sendo, assim, comandos absolutos. Os princípios serão aplicados no caso com diferentes graus de concretização⁵². Esta característica de mandatos de otimização mostra-nos que os princípios apresentam um carácter *prima facie*, uma vez que um princípio possa valer num caso concreto, todavia essa realidade poderá não ser verificada noutro caso distinto. A distinção levada a cabo por Alexy é uma distinção qualitativa e não de grau, onde a norma ou é uma regra ou um princípio⁵³.

Embora a distinção teorizada por Alexy seja uma das teorias mais utilizadas e distinguida pela comunidade jurídica não se encontra imune a críticas. Primeiramente, Robert Alexy tem apenas em consideração o modo de aplicação das normas, embora refira que exista uma diferença estrutural entre princípios e regras, esta característica não é explorada pelo autor⁵⁴. Por outro lado, o autor alemão argumenta que os princípios são como razões para as regras e, além disso, Alexy ao caracterizar os princípios como mandatos de otimização, não estabelecer limites a tal otimização transmite a ideia de

⁵⁰ ALEXY, Robert, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, Number 3, September, 2000, págs. 295.

⁵¹ ALEXY, Robert, "Theorie der Grundrechte", na tradução para espanhol: "Teoría de los derechos fundamentales", pág. 86; "Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse" *Ratio Juris*, Vol. 5, Number 2, July, 1992, pág. 145.

⁵² ALEXY, Robert, "Theorie der Grundrechte", na tradução para espanhol: "Teoría de los derechos fundamentales", pág. 86; "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, Number 3, September, 2000, págs. 295.

⁵³ ALEXY, Robert, "Theorie der Grundrechte", na tradução para espanhol: "Teoría de los derechos fundamentales", pág. 87.

⁵⁴ RAMIÃO, Rúben, "A Critical Analysis on Robert Alexy's Theory of Legal Principles", *Lisbon Law Review*, 2015, pág. 187.

otimização ao máximo o que levaria os princípios a serem aplicados em todas as situações praticáveis. Desta forma, os princípios ao abrangerem um espaço tão extenso, retiraria importância à atuação das regras, acabando por ser inútil uma distinção entre princípios e regras⁵⁵. Por fim, o autor Rubén Ramião aponta como falha no pensamento de Alexy, a não consideração da aplicação das normas por analogia⁵⁶. Destarte, a aplicação de uma regra por analogia numa decisão judicial, leva a que esta norma jurídica seja aplicada a situações que não estavam previamente previstas, acabando por extinguir a ideia de que as regras seriam prescrições definitivas, enquanto que os princípios se apresentam como comandos *prima facie*.

2.2.3.1. Reformulação da tese dos mandatos de otimização

Embora a versão de Alexy a distinção entre princípios e regras tenha sido um avanço em relação ao pensamento de Ronald Dworkin, este acabou por sofrer críticas. Aspeto este que levou o autor alemão a repensar e reformular a sua teoria. Dentro dos autores críticos da tese dos princípios como mandatos de otimização salta à vista o nome de Aulis Aarnio.

Antes de entrarmos nas críticas de Aarnio que levaram Alexy a reformular a sua tese, é de enorme valia e importância ressaltar a posição deste autor finlandês. Aulis Aarnio centrou os seus estudos e formação no âmbito da Filosofia Analítica, com principal incidência na filosofia da linguagem, o que lhe permitiu concluir que não existe diferenças entre princípios e regras.

Assim, de forma breve e concisa, Aarnio refere que não existe qualquer diferença linguística entre as regras e os princípios. Nem a precisão é uma característica das regras, nem a imprecisão ou a vagueza está presente nos princípios⁵⁷. Esta imprecisão na linguagem leva o autor finlandês a identificar e classificar os princípios e regras em quatro conceitos diferentes, onde os limites de cada um não estão definidos de forma absoluta. Estes subgrupos de normas

⁵⁵ RAMIÃO, Rúben, “A Critical Analysis on Robert Alexy’s Theory of Legal Principles”, *Lisbon Law Review*, 2015, pág. 189.

⁵⁶ RAMIÃO, Rúben, “A Critical Analysis on Robert Alexy’s Theory of Legal Principles”, *Lisbon Law Review*, 2015, pág. 190.

⁵⁷ AARNIO, Aulis. Las reglas en serio, In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. “La normatividad del derecho”, pág. 24.

são: (i) as regras propriamente ditas; (ii) as regras que são ou que atuam como princípios; (iii) os princípios que são ou atuam como regras; (iv) os princípios propriamente ditos. Este reconhecimento de quatro subgrupos normativos influencia também uma possível distinção a nível de validez, uma vez que no domínio da validez formal, Aarnio afirma que tanto as regras propriamente ditas como as regras que são princípios estão presentes na legislação, encontrando justificação na mesma regra de reconhecimento. Abriria apenas espaço para a discussão entre as normas expressas no ordenamento e as que não estão presentes, como são o caso dos princípios que apenas adquirem a sua posição por meio do discurso jurídico⁵⁸.

Ao que concerne à validez material, por outro lado, não é possível encontrar diferenças entre princípios e regras, uma vez que, como argumenta Aarnio, quando as regras entram em conflito, o caminho a seguir será o de declaração de invalidez de uma delas, contrariando a doutrina de Dworkin e, destacando que apenas na interpretação das normas é que se pode falar em validez material⁵⁹. Já a nível de argumentação jurídica, Aarnio defende que a distinção fechada e absoluta de regras como razões definitivas, e, consequentemente, princípios se como razões *prima facie* também não é o mais acertado. Retomando os subgrupos observados, as regras propriamente ditas e os princípios que são ou atuam como regras são razões definitivas, enquanto que os princípios propriamente ditos são razões *prima facie* e as regras que são ou atuam como princípios apresentam um duplo-papel, tanto de razões definitivas como de razões *prima facie*⁶⁰. Por fim, Aarnio centra as suas atenções na teoria de Robert Alexy e, consequentemente, no teor dos princípios como mandatos de otimização. Assim, um mandato é como uma regra, logo, ou é cumprindo ou não, portanto e, logicamente, um mandato de otimização ou é cumprindo ou não, não havendo espaço a ser realizado de forma gradual⁶¹. O mandato como regra que indica algo sobre os princípios é considerada uma norma técnica de metanível que se encontra fora da estrutura dos princípios⁶².

⁵⁸ AARNIO, Aulis. Las reglas en serio In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. “La normatividad del derecho”, pág. 28.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ AARNIO, Aulis. Las reglas en serio, *op. cit.*, págs. 30 e 31.

⁶¹ AARNIO, Aulis. Las reglas en serio, *op. cit.*, pág. 27.

⁶² PECZENICK, Aleksander, *On Law and Reason*, *op. cit.*, págs. 63 e 64.

Esta teoria faz com que os princípios deixem de ser vistos como mandatos de otimização para serem considerados mandatos para serem otimizados.

Robert Alexy parece aceitar esta crítica, uma vez que acaba por modificar a sua distinção, passando a fazer uma distinção entre comandos a serem otimizados e comandos otimizados. Assim, os princípios como objetos a serem ponderados e pesados são vistos como imperativos a serem otimizados, tendo como terminologia “*ideal ought*” ou “*ideals*”. Este “dever ideal” após ser otimizado passa a um “dever real”. Podemos, então, considerar que os imperativos de otimização são normas que se encontram noutra nível, ou seja, num metanível⁶³. Como normas de metanível, que são os mandatos de otimização, estas podem ser aplicadas ou não, sendo uma aplicação do género “tudo-ou-nada”⁶⁴. Por outro lado, os princípios apresentam-se como o objeto de otimização, podendo ser aplicados em diferentes graus possíveis.

Embora Alexy tenha procedido mudanças na sua tese, de modo consequente, reconhecendo as críticas a que foi sujeito, nem assim esta nova formulação ficou imune a novos reparos. Neste campo é de salientar, novamente, as considerações elaboradas por Rubén Ramião⁶⁵, às quais iremos recorrer, pela completude e pertinências dos argumentos apresentados. Portanto, a ideia de que os princípios se otimizam por existir uma regra de otimização que assim o determina, apresenta obstáculos difíceis de ultrapassar.

Robert Alexy defendendo que os princípios necessitam de uma regra de otimização cria um problema relacionado com a própria estrutura dos princípios. Ao ser aceite esta realidade existem dois caminhos possíveis a serem percorridos, ou a característica de otimização não faz parte da estrutura dos princípios, ou, por outro lado, é aceite que os princípios compreendem duas normas: uma referente ao conteúdo principiológico e outra referente à regra de

⁶³ WANG, Peng-Hsiang, “Principles as Ideal Ought. Semantic Considerations on the Logical Structure of Principles”, in *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*, pág.30.

⁶⁴ ALEXY, Robert, “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, Vol. 13, Number 3, September, 2000, pág. 300.

⁶⁵ RAMIÃO, Rúben, “A Critical Analysis on Robert Alexy’s Theory of Legal Principles”, *Lisbon Law Review*, 2015, págs. 190-195; “A Teoria dos Princípios”, in *O Direito*, ano 146º, IV, 2014, págs 1016-1020.

otimização⁶⁶. Ao ser necessário a utilização de uma regra de metanível acaba por não haver uma distinção lógica entre princípios e regras.

Por outro lado, aceitando que a otimização dos princípios se deve a uma regra de otimização de metanível, temos que, logicamente, também aceitar que o que determina a diferença entre regras e princípios é a existência ou não de uma regra de otimização. Destarte, num raciocínio lógico, a existência de uma regra de otimização é que permite a distinção entre princípios e regras, sendo uma característica dos primeiros, portanto podemos concluir que também as regras teriam que ser influenciadas por uma regra de metanível. Porém, no caso das regras teríamos que observar a presença de uma regra de não otimização. O recurso a regras de otimização para distinguir princípios e regras por parte de Robert Alexy leva a que as regras de otimização tenham duas modalidades, as que permitem a otimização e as que não permitem. A distinção entre regras de otimização e regras de não otimização retira o foco da distinção entre regras e princípios destas duas normas, bastando então, uma distinção entre os dois tipos de regras de metanível de otimização.

Outra crítica que pode ser levantada perante esta conceção de princípios é, em curtas palavras, a sua impossibilidade lógica⁶⁷. Uma norma é constituída na sua estrutura por uma previsão e por uma estatuição. Ao aceitar que a regra de otimização é a característica principal da estrutura dos princípios, temos que concordar também que o dever-ser da norma, ou seja, a previsão, é retirada da própria regra de otimização. Ao retirarmos a previsão da própria regra de otimização e não da norma objeto de otimização, estamos a concluir que o princípio é uma norma dependente, sendo o conteúdo material da norma de otimização. Neste ponto é que começamos a desenhar a impossibilidade lógica da teoria de Alexy. Desta forma, sendo o princípio o conteúdo material da regra de otimização, esta última acaba por deixar de ter objeto, visto que o seu objeto é simultaneamente o seu próprio conteúdo material. Esta perda do seu conteúdo material leva a que nos seja apresentado dois caminhos distintos. O primeiro é

⁶⁶ RAMIÃO, Rúben, "A Critical Analysis on Robert Alexy's Theory of Legal Principles", *Lisbon Law Review*, 2015, pág.192; "A Teoria dos Princípios", in *O Direito*, ano 146º, IV, 2014, pág. 1017.

⁶⁷ RAMIÃO, Rúben, "A Critical Analysis on Robert Alexy's Theory of Legal Principles", *Lisbon Law Review*, 2015, págs. 192 e 193; "A Teoria dos Princípios", in *O Direito*, ano 146º, IV, 2014, págs. 1017 e 1018.

caracterizar a norma de otimização como uma norma sem sentido, o que se apresenta como uma impossibilidade, uma vez que as normas jurídicas válidas necessitam de ter um conteúdo e consequentemente de impor algo, caso contrário não apresentam qualquer relevância jurídica. O outro caminho apresentado é considerar que a norma de otimização prescreve algo de forma idêntica às restantes normas. Assim, também este trajeto apresenta dificuldades lógicas, visto que ao prescrever o mesmo que as outras normas do sistema jurídico, a norma de otimização acaba por perder a sua característica de otimização, uma vez que esta não é uma realidade verificada nas restantes normas. Desta forma, o que começou por ser uma norma de otimização, após este trajeto, deixa de o ser, pois perde o seu sentido que levava a ser considerada uma norma de otimização.

Estas são algumas das críticas que são levantadas à formulação dos princípios a serem otimizados. Entretanto, os reparos não se esgotam nos critérios vistos até agora. Outros autores criticam a tese de Alexy, onde se pode destacar Jürgen Habermas⁶⁸ e Klaus Günther⁶⁹. Estes autores desaprovam a equiparação dos direitos fundamentais, e consequentemente, os princípios a valores, pois acabam por perder o seu carácter deontológico, passando a verificar-se um carácter teleológico⁷⁰. Outros críticos de Robert Alexy são os autores Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero. Estes autores criticam a conceção dos mandatos de otimização como característica dos direitos fundamentais, uma vez que os mandatos de otimização somente podem corresponder a diretrizes ou normas progmáticas⁷¹. Embora a teoria de Atienza e Ruiz Manero contenha críticas ao pensamento de Robert Alexy, é de extremo valor fazer uma análise isolada da distinção entre princípios e regras elaboradas por estes autores.

2.2.4. Tese de distinção de Atienza e Ruiz Manero

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2000.

⁶⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

⁷⁰ Sobre este tema *vide* seção ...

⁷¹ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan, "Permissions, Principles and Rights. A Paper on Statements Expressing Constitutional Liberties", *Ratio Juris*, Vol. 9, Number 3, September, 1996, pág. 239.

Outra distinção entre princípios e regras que merece uma análise das suas características fundamentais é a tese formulada por Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero⁷². Estes autores elaboram uma distinção sustentada em vetores, numa distinção estrutural e funcional.

Assim, Atienza e Ruiz Manero começam por formular uma distinção dentro da própria figura dos princípios, dividindo em princípios, em sentido estrito e diretrizes. Enquanto que, no primeiro grupo normativo estão presentes normas que expressam altos valores dentro de um ordenamento jurídico, já as diretrizes são normas com carácter progmático, ou seja, objetivos a realizar.

A diferença entre princípios e regras está presente na distinção estrutural dos dois tipos normativos. Portanto, este enfoque estrutural assenta as suas bases no estudo das condições de aplicabilidade das normas jurídicas. Tanto regras como princípios contêm em si uma previsão condicional de aplicação, em que se relaciona um caso com uma solução. Para Atienza e Ruiz Manero os princípios, tal como as regras, apresentam um esquema condicional, onde os enunciados correlacionam casos com uma solução jurídica. Todavia, a questão diferenciadora está na forma como são apresentadas as condições de aplicabilidade. Enquanto que os princípios configuram o caso de forma indeterminada ou aberta, as regras apresentam condições fechadas, sendo o conjunto de propriedades limitados e finito. Esta divisão, consoante as condições de aplicação se apresentem abertas ou fechadas, apresenta também espaços de penumbra, onde a formulação semântica da norma apresenta um grau de indefinição considerável, tendo uma maior relevância ao que às regras diz respeito.

Embora as condições de aplicação de um princípio em sentido estrito estejam configuradas de forma aberta, o mesmo não ocorre no seu modelo de conduta fixado deonticamente. Neste aspeto, na formulação de Atienza e Ruiz Manero há uma aproximação entre regras e princípios, uma vez que ambas as normas apresentam a conduta deôntica formulada de forma precisa. Esta

⁷² ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan, "Sobre Principios e Regras", *Law E-Journal*, *op. cit.* Págs. 49 e segs; "Permissions, Principles and Rights. A Paper on Statements Expressing Constitutional Liberties", *Ratio Juris*, Vol. 9, Number 3, September, 1996, págs. 236 e segs.

definição precisa leva a que os princípios não sejam cumpridos de forma gradual, mas sim absoluta⁷³.

Recorrendo ao exemplo do princípio de liberdade de expressão e segundo a formulação dos autores espanhóis é possível descrever o princípio consoante a realização de ação presente em si, da seguinte forma: caso não exista uma norma que limite ou exija outra coisa, o princípio da liberdade de expressão terá que prevalecer. Destarte, por um lado esta norma deixa em aberto as condições de aplicação e por outro prescreve uma ação específica.

Por isso, e retomando o que foi referido *supra*, a teoria de Robert Alexy falha quando considera os princípios como mandatos de otimização, uma vez que essa característica está presente nas diretrizes. Apenas as diretrizes, segundo Atienza e Ruiz Manero, é que devem ser cumpridas em diferentes graus segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, já que apenas estas indicam um objetivo a cumprir, não proibindo ou obrigando qualquer ação.

Por outro lado, Atienza e Ruiz Manero procedem a uma diferenciação entre regras e princípios através de uma perspectiva funcional. Em breves palavras, esta distinção utiliza como ponto de partida a tese de Hart, na qual as regras são razões peremptórias de ação⁷⁴. Desta forma, utilizando a terminologia de Raz, *Protected reasons*⁷⁵, os autores espanhóis esclarecem que quando uma norma fornece uma razão perentória de ação, esta fornece uma razão de primeira ordem para realizar a ação por ela requerida. E, por outro lado, fornece também uma razão de segunda ordem para impedir ou excluir qualquer deliberação independente por parte do destinatário, sobre os argumentos a favor e contra a realização da ação⁷⁶.

Tendo em consideração esta distinção, as regras são razões para uma ação perentória, uma vez preenchidas as condições de aplicação devem ser excluídos os juízos sobre as razões relevantes a serem aplicadas ao caso. Já os

⁷³ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho*, op. cit., pág. 32.

⁷⁴ "Commands and authoritative legal reasons", in *Essays on Bentham. Jurisprudence and political theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982. Na tradução espanhola: "Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridade", *Isonomia*, n. 6, abril 1997.

⁷⁵ RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Sobre esta tema, vide, BAYÓN, Juan Carlos, "Razones y reglas: sobre el concepto de "razón excluyente" de Joseph Raz", *Doxa*, n. 10, 1991, págs. 25-66

⁷⁶ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan, "Permissions, Principles and Rights. A Paper on Statements Expressing Constitutional Liberties", *Ratio Juris*, Vol. 9, Number 3, September, 1996, pág. 239.

princípios não fornecem razões perentórias para a ação, uma vez que as suas condições de aplicação se encontram abertas e por não determinarem em que situações prevalecem perante outros princípios, os princípios falham no segundo pressuposto das razões para ação. Ao ser necessário uma ponderação para que seja possível determinar em que situações é que certos princípios prevalecem sobre outro, permite que o órgão jurisdicional deve deliberar, por juízo próprio, tendo em consideração as razões pertinentes do caso, não respeitando, desta forma, as razões de segunda ordem⁷⁷.

Esta ideia de que a diferença entre regras e princípios, tendo em conta as condições de aplicação, não se resume apenas ao pensamento de Manuel Atienza e Ruiz Manero, uma vez que Gustavo Zagrebelsky também formula uma conceção com traços idênticos. Como foi referido, as normas são concebidas como enunciados condicionados, onde ocorre uma ligação entre suposto de facto e uma consequência jurídica. Portanto, na tese de Zagrebelsky, o facto condicionante é algo que apenas é observável nas regras, enquanto que nos princípios há uma carência de tal facto⁷⁸. Assim, apenas as regras podem ser observadas e aplicadas de uma forma mecânica. Por outro lado, os princípios estão dependentes do caso concreto, visto que não é possível determinar os seus limites de forma abstrata.

Esta conceção de Zagrebelsky, da forma como está apresentada, acaba por se torna insustentável. Não é possível encontrar uma norma jurídica que esteja órfã das suas condições de aplicação, uma vez que é o seu elemento estrutural essencial. Ao aceitarmos que os princípios carecem das suas condições de aplicação estamos a aceitar dois caminhos distintos. Por um lado, estamos perante uma norma incapaz de regular qualquer caso, por outro lado, seria uma norma que poderia ser aplicada a qualquer situação, visto que a excessiva abertura da sua aplicação não permite uma delimitação da sua aplicação⁷⁹.

Retomando à distinção elaborada por Atienza e Ruiz Manero. Esta tese formulada numa dupla perspetiva, estrutural e funcional, levanta alguns

⁷⁷ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho*, op. cit., pág. 36.

⁷⁸ ZAGREBELESKY, Gustavo, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, traduzido por M. Gascón, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, págs. 110 e 111.

⁷⁹ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa*, pág. 75.

problemas. Desta forma, ao diferenciar os princípios e regras em dois enfoques distintos, é possível encontrarmos uma espécie de norma híbrida, ou seja, tanto princípio como regra. Como aponta perspicazmente Garcia Figueroa⁸⁰, uma norma pode ter as suas condições de aplicação determinadas de forma fechada, sendo, portanto, uma regra do ponto de vista estrutural, todavia não se encontra integrada nos pressupostos da razão perentória, acabando por ser considerada um princípio no aspeto funcional. Assim, as duas perspetivas em que assentam a tese de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero não convivem de forma harmoniosa, entrando em conflito entre si e, como tal, caracterizando uma mesma norma de duas formas distintas.

Por outro ponto de vista, parece problemática a ideia de que é possível encontrar uma disposição normativa que, após a sua interpretação dá lugar a uma regra que encerre de forma completa todas as suas condições de aplicação e exceções⁸¹. Destarte, as regras, tal como os princípios, não apresentam razões perentórias, mas apenas razões *prima facie* para a solução de um caso. Esta abertura das condições e exceções das regras, leva Martinez Zorrilla a concluir de forma sagaz que esta distinção entre regras e princípios é apenas de grau, visto que ambas as categorias normativas apresentam uma abertura quanto às suas condições de aplicação. Embora nas regras esse grau de determinação seja maior, ou, por outro lado, é possível concluir que a norma maioritária num ordenamento jurídico seriam os princípios e as regras apresentar-se-iam como uma norma minoritária⁸².

Por fim, outro aspeto importante que coloca dificuldades à tese de Atienza e Ruiz Manero prende-se com a possibilidade de os princípios introduzirem exceções às regras e, como tal, as regras não podem ter as suas condições de aplicação fechadas. Este argumento já foi anteriormente utilizado para criticar a distinção de Ronald Dworkin, portanto remetemos uma explicação mais detalhada para essa secção do trabalho.

⁸⁰ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principalista de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, pág. 160.

⁸¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*, págs. 37 e 38.

⁸² MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa*, págs. 76 e 77.

2.2.5. Tese das normas categóricas e hipotéticas

Esta tese de distinção entre princípios e regras volta a focar atenções nas condições de aplicação da norma. Assim, este critério parte da diferenciação entre normas categóricas e normas hipotéticas, formulada por vonWright⁸³. Uma norma é categórica quando a condição de aplicação da norma é a única condição que tem que ser cumprida para fazer o que constitui o seu conteúdo. Por outro lado, as normas são hipotéticas, quando para além das condições previstas no seu conteúdo normativo, acrescem condições adicionais, que são independentes do conteúdo normativo. Como refere Norberto Bobbio⁸⁴, esta distinção de normas alude à distinção dos juízos apodéticos, ilustrados no exemplo “Sócrates é mortal”, e hipotéticos, “Se Sócrates é um homem, então Sócrates é mortal”.

Se atentarmos à expressão “fecha a janela”, observamos que apenas prescreve um comando a ser obedecido. Apenas se pressupõe a possibilidade de existir uma janela e que esteja aberta, sendo verificável no conteúdo normativo, não necessitando de qualquer outra condição. A condição de aplicação apenas se encontra dependente da verificação dos factos essenciais necessários para a execução da conduta. Já no exemplo “Fecha a janela se estiver a chover”, para além da necessidade da existência de uma janela e que esta se encontre aberta, também é necessário que esteja a chover. Se estiver sol, já não se verifica o preenchimento do pressuposto adicional. Pela necessidade de condição adicional as normas hipotéticas também são referidas como condicionais, enquanto que as normas categóricas são incondicionais

Assim, segundo este critério, os princípios enquadram-se na figura das normas categóricas, pela sua aplicação não estar limitada por pressupostos. Enquanto que as regras seriam normas hipotéticas, uma vez que apenas são aplicadas a casos presentes nos seus pressupostos.

⁸³ *Norm and Action. A Logical Enquiry*, págs 74 e 75.

⁸⁴ *Teoria da Norma Jurídica*, tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno, pág. 187.

Este critério acaba por retirar o foco da distinção entre princípios e regras, visto que esta distinção passa a ser secundária perante a distinção entre normas hipotéticas e categóricas⁸⁵.

Por outro lado, este critério apresenta dificuldades quando normas que deviam ser caracterizadas como normas hipotéticas apresentam características referentes a normas categóricas e, vice-versa. Um princípio, que segundo este critério, é uma norma categórica, pode apresentar pressupostos adicionais às suas condições naturais de aplicação. E o mesmo sucede para as regras como normas hipotéticas, visto que existem condições adicionais para além daquelas presentes no seu conteúdo. Para ilustrar estas situações de cruzamento de características, iremos recorrer aos exemplos elaborados por David Duarte⁸⁶. Deste modo, tendo em consideração a norma “É proibido fumar”, parece-nos obvio que estamos perante uma regra. Contudo, tendo em consideração a divisão entre normas hipotéticas e categóricas e, visto que a única consideração natural e necessária da norma parte da possibilidade da ação humana de fumar, podemos concluir que estamos perante uma norma categórica. Já quando estamos perante a norma “Os órgãos administrativos devem agir de forma proporcional”, podemos, sem grandes dificuldades, concluir que estamos perante um princípio. Segundo esta tese de distinção, este princípio poderia ser caracterizado como uma norma categórica. Todavia podemos observar outra condição normativa presente, ou seja, a própria atividade administrativa. Podemos concluir que nestes dois exemplos a distinção entre normas categóricas e hipotéticas, e consequentemente entre princípios e regras, acaba por falhar numa determinação exata. Assim, a questão não está na presença de condições naturais e necessárias ou condições adicionais de aplicação, mas na determinação ou indeterminação da ação humana e estado de coisas no antecedente normativo, como veremos no segmento seguinte.

2.2.6. Tese da genericidade do antecedente

⁸⁵ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa*, pág. 84.

⁸⁶ “An Experimental Essay on the Antecedent and its Formulation”, *i-lex: Scienze giuridiche, scienze cognitive e intelligenza artificiale* 16, págs. 53 e 54.

Todas as tentativas de distinção entre princípios e regras analisadas até este ponto apresentam impasses que levam a que sejam descartadas. Porém, é agora tempo de analisar uma teoria que se apresenta como a mais precisa e composta por argumentos lógicos e com grande rigor. Esta teoria tem como critério primordial o antecedente da norma e a sua capacidade de determinação. Desta forma, esta distinção foi trabalhada por dois autores portugueses, David Duarte⁸⁷ e Pedro Moniz Lopes⁸⁸.

Estes autores procuram diferenciar regras e princípios através da análise das propriedades lógicas dos antecedentes das normas. Em traços breves, a explicação para a diferença entre princípios e regras recai sobre a capacidade de determinar ou não as ações humanas ou estados de coisas previstos no antecedente das normas.

Começando pelo antecedente da norma, este é parte da norma que indica algo, uma hipótese tendo em consideração os factos. De forma simples, é possível dividir os factos dos antecedentes em duas categorias: (i) ações humanas, quando a descrição assenta num facto comportamental humano e (ii) estado de coisas, quando o facto descrito não se coaduna com a ação humana⁸⁹. Tendo em consideração que formulação normativa e normas são objetos diferentes, recorrendo à formulação de Guastini⁹⁰, vista anteriormente, é possível representar os antecedentes da seguinte forma:

- (i) FN1 = Durante a condução (c) é proibido fumar (x); N1 = c Pr x;
- (ii) FN2 = Em períodos de precipitação (p) é proibido fumar (x); N2 = p Pr x;
- (iii) FN3 = E períodos de precipitação (p) e durante a condução (c), é proibido fumar (x); N3 = p \wedge c Pr x;

⁸⁷ "An Experimental Essay on the Antecedent and its Formulation", *i-lex: Scienze giuridiche, scienze cognitive e intelligenza artificiale* 16: 37-60.

⁸⁸ "The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles" in *Ratio Juris* 30(4): 471-490.

⁸⁹ DUARTE, David, "An Experimental Essay on the Antecedent and its Formulation", *i-lex: Scienze giuridiche, scienze cognitive e intelligenza artificiale* 16, pág. 42.

⁹⁰ GUASTINI, Riccardo, "Estudios sobre la interpretación jurídica", tradução de M. Gascón y M. Carbonell, pág. 11.

Antes de mais, é necessário indicar que FN corresponde a formulação normativa, também designado como enunciado normativo, e, conseqüentemente, N equivale à norma. Assim, através desta representação lógica é possível verificar que os factos dos antecedentes podem aparecer de forma isolada (i) e (ii) ou juntos numa mesma norma (iii).

Até agora verificamos a parte material dos antecedentes, ou seja, a parte referente às ações humanas ou estado de coisas, porém os antecedentes também são compostos por uma parte relacionada com os seus destinatários. Desta forma, podemos encontrar um círculo definido de destinatários, ou, quando não há referência dos destinatários do antecedente, o antecedente tem como destinatário todas as pessoas sob as condições de aplicabilidade da norma⁹¹. Por outro lado, os destinatários do antecedente podem ser previstos de forma disjuntiva ou conjuntiva. Na primeira situação, qualquer membro do grupo destinatário desencadeia a consequência, já no segundo é necessário que todos os membros realizem a ação.

(i) NF1 = durante a condução (c) é proibido fumar (x); N1 = c Pr x;

(ii) NF2 = se os taxistas fizerem greve (g), os transportes públicos são gratuitos (t); N2 = g O t;

Assim, podemos verificar que Nf1 corresponde a todos os condutores, bastando fumar para que a consequência seja desencadeada, já no que refere a NF2 para que a correspondência iniciada é necessária que todos os taxistas façam greve.

Segundo David Duarte, a explicação estrutural para a diferença entre princípios e regras corresponde a determinação, ou indeterminação, das ações humanas e estado de coisas presentes no antecedente da norma⁹². Portanto, é possível através deste critério concluir que o antecedente de uma regra especifica quais são as ações humanas ou o estado de coisas que permitem

⁹¹ DUARTE, David, "An Experimental Essay on the Antecedent and its Formulation", *i-lex: Scienze giuridiche, scienze cognitive e intelligenza artificiale* 16, pág. 44.

⁹² "An Experimental Essay on the Antecedent and its Formulation", *op. cit.*, pág. 54.

desencadear a consequência, enquanto que nos princípios há uma maior indeterminação que não permite o conhecimento exaustivo de todas as ações humanas e estado de coisas presentes no antecedente da norma. A resposta para diferenciar princípio e regras está presente na indeterminação do próprio antecedente.

O antecedente da norma com uma indeterminação na ação humana e estados de coisas apresenta na sua estrutura uma extensão ilimitada de condições disjuntivas.

- (i) NF1 = A liberdade de expressão (I) está garantida; N1 = P I ;
- (ii) N1 tem como antecedente o exercício de qualquer oportunidade de fazer o que está no seu conteúdo: expressar-se (I)
- (iii) N1 apresenta ações humanas indeterminadas: escrever um livro (I1); realizar um filme (I2); cantar uma música (I3); etc;
- (iv) N1 apresenta condições disjuntivas ilimitadas: I1 V I2 V I3...;

Através deste exemplo é possível concluir que N1 é um princípio, devido à estrutura do antecedente que apresenta uma indeterminação das ações humanas, daí que seja possível diferenciar condições disjuntivas (I1 V I2 V I3,...).

Embora esta formulação das condições disjuntivas ilimitadas seja apresentada de forma sagaz, é necessário mergulhar um pouco mais dentro desta figura. Pedro Moniz Lopes trabalha a característica da disjunção dentro da genericidade, tema que será abordado mais adiante, distinguindo entre disjunção inclusiva e exclusiva⁹³. Desta forma, estamos perante uma disjunção inclusiva quando num enunciado uma asserção disjuntiva é verdadeira, podendo, ao mesmo tempo, mais asserções serem verdadeiras sem afetar a veracidade do enunciado. Exemplo de uma disjunção inclusiva seria a expressão “com este tempo, ou vou à praia ou como um gelado”. Logo, podemos verificar que tanto é possível ir à praia e não comer um gelado, ou comer um gelado e não ir à praia ou ainda comer um gelado e ir à praia, visto que a execução de

⁹³ “The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles” in *Ratio Juris* 30(4), pág. 478.

uma atividade não exclui a outra. Esta disjunção pode ser ilustrada através da seguinte tabela-verdade:

P	Q	$P \vee Q$
V	V	V
V	F	V
F	V	V
F	F	F

Nesta tabela, P e Q representam as asserções disjuntivas descritas em cima, comer um gelado ou ir à praia), enquanto V e F representam a veracidade e falsidade, respetivamente, da asserção. Destarte, numa disjunção inclusiva, apenas quando as sentenças são falsas é que não estamos perante este tipo de disjunção, visto que coloca em causa a própria veracidade da expressão, em estudo.

Já as disjunções exclusivas apresentam uma estrutura diferente, visto que este tipo de disjunção implica que uma proposição esteja correta e outra, consequentemente, errada. Como por exemplo, para uma disjunção exclusiva: “Hoje ou vou ao ginásio, ou fico a descansar”. Através deste exemplo, podemos concluir que a execução de uma tarefa acaba por inviabilizar a execução da outra. Desta forma, para que uma seja verdadeira a outra terá que ser obrigatoriamente falsa.

P	Q	$P \vee Q$

V	V	F
V	F	V
F	V	V
F	F	F

Através do quadro ilustrativo, podemos concluir que apenas estamos perante uma disjunção exclusiva quando uma das proposições é verdadeira e a outra é falsa, contrastando com a disjunção inclusiva, por não permitir a veracidade de ambas as proposições.

A questão da determinação ou indeterminação das ações, já tinha sido analisada por Joseph Raz⁹⁴. Partindo da conceção dworkiana de princípios e regras, Raz aponta que os princípios não estabelecem de forma detalhada todo o seu conteúdo, omitindo também de formas suas condições de aplicação⁹⁵. Assim, enquanto que as regras prescrevem atos relativamente específicos, os princípios estabelecem atos altamente inespecíficos⁹⁶. Um ato é altamente inespecífico quando pode ser realizado em diferentes ocasiões, pelo desempenho de uma grande quantidade de atos genéricos heterogêneos em cada ocasião. Por outro lado, um ato é mais específico na medida em que há apenas um pequeno número de atos genéricos possíveis de serem praticados.

Portanto, os atos altamente inespecíficos podem ser realizados recorrendo em diferentes ocasiões a uma variedade de atos mais específicos, visto que as oportunidades de realizar tais atos abrangem oportunidades de realizar os atos mais específicos. Podemos, então, concluir que os atos altamente inespecíficos são mais gerais que os atos específicos. Segundo esta formulação podemos concluir que é possível deduzir uma regra de um princípio, e consequentemente um princípio pode justificar uma regra, porém o contrário

⁹⁴ "Legal Principles and the Limits of Law", *Yale Law Journal* 81(5): 823-54.

⁹⁵ RAZ, Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law", *Yale Law Journal* 81(5), pág. 837.

⁹⁶ RAZ, Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law", *Yale Law Journal* 81(5), pág. 838.

já não é possível de ser verificado. Em suma, podemos concluir que esta sobreposição de antecedentes de normas com ações inespecíficas sobre os antecedentes de normas que incluem atos específicos representa uma relação total-parcial⁹⁷.

Esta teoria de Raz pode ser apelidada de uma distinção fraca, uma vez que não há forma diferenciada de forma capaz os atos que são específicos e os que não são. Assim, usando esta distinção, haverá situações onde será impossível dizer de forma definitiva que temos uma regra ou um princípio⁹⁸.

Reconhecendo o valor e pertinência da distinção fraca elaborada por Joseph Raz, Pedro Moniz Lopes acrescenta a figura da genericidade às teses anteriormente analisadas, na tentativa de criar uma distinção forte, embora continuando a usar o critério sintático. Para entender melhor este conceito da genericidade é necessário, primeiramente, fazer uma distinção precisa com o conceito de vagueza. Estes dois conceitos, por terem âmbitos muito idênticos, acabam por se confundir. Destarte, podemos dizer que afirmações vagas são afirmações cuja verificabilidade é de um grau reduzido devido à incerteza semântica quantitativa ou qualitativa, já as afirmações genéricas não implicam um baixo grau de verificabilidade, porém são afirmações cuja verdade ou falsidade é trivial e relativamente estabelecido⁹⁹. Ao afirmarmos que um quadro é bonito, necessitamos de um certo consenso sobre beleza, visto que pode variar consoante cada sujeito. Por outro lado, ao usarmos a afirmação genérica “Os mamíferos são incapazes de voar” podemos concluir que, presumivelmente, esta afirmação é verdadeira, mesmo tendo em consideração afirmações particulares verdadeiras como “Morcegos são capazes de voar” e “Morcegos são mamíferos”.

Por outras palavras, enquanto que a vagueza torna afirmações incertas, devido ao baixo grau de verificabilidade, a genericidade implica um baixo nível de informação disponível. Recorrendo à afirmação, “uma promessa deve ser cumprida”, não nos deparamos sobre que condições é que deve ser mantida a promessa, nem que condições terão que suceder para que não seja cumprida¹⁰⁰.

⁹⁷ MONIZ LOPES, Pedro, “The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles” in *Ratio Juris* 30(4), pág. 476.

⁹⁸ RAZ, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, *Yale Law Journal* 81(5), pág. 838.

⁹⁹ MONIZ LOPES, Pedro, “The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles” in *Ratio Juris* 30(4), pág. 477.

¹⁰⁰ MONIZ LOPES, Pedro, “The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles”, *op. cit.*, pág. 478.

Ademais, também não refere que todas as promessas devem ser cumpridas em todos os casos, pois “As promessas devem ser cumpridas” não corresponde a “As promessas devem ser cumpridas em todos os casos”.

É necessário, portanto, enquadrar a genericidade nos componentes normativos. Podemos observar que em casos de genericidade é comum a falta de operador deôntico na norma. Destarte, a consequência normativa pode ser melhor entendida como uma redução do conjunto de probabilidades dentro das oportunidades descritas no antecedente¹⁰¹.

Para melhor entender toda esta teoria iremos, então, ilustrar com dois exemplos, um demonstrando uma regra e outro um princípio:

- (i) Sentença normativa 1: fumar é proibido, transmite a norma 1: “Para todo x, se houver a oportunidade para a, então (proibido a)”. Esta norma pode ser descrita por $\forall x (x a \Rightarrow \text{Pr } xa)$ ou $\forall x (x a \Rightarrow O \neg xa)$
- (ii) Sentença normativa 2: os cidadãos têm direito a expressar-se livremente, transmite a norma 2: “Para todo x, se houver a oportunidade para b, então (permitido b). Esta norma pode ser descrita por: $\forall x (xb1 \vee xbn)$ implica $(xb1 \vee xb2 \vee xb3 \vee xbn)$

Através destes dois exemplos é possível encontrar a figura da disjunção inclusiva, que já foi analisada anteriormente. Ao encontrarmos uma disjunção inclusiva na norma 2 significa que as ações específicas presentes na fórmula $(xb1 \vee xbn)$ indiferentemente desencadeiam o consequente da norma que inclui ações hipotéticas genéricas no antecedente. Ao verificarmos que a disjunção inclusiva é parte integrante dos princípios, e não uma disjunção exclusiva, permite que todas as ações específicas são verdadeiras e que cada ação é condição suficiente para desencadear o consequente sob a modalidade deôntica aplicável, proporcionando assim uma solução *prima facie*¹⁰².

Por outro lado, é necessário enquadrar a genericidade dentro dos antecedentes normativos. Primeiramente, há que retirar a genericidade dos

¹⁰¹ MONIZ LOPES, Pedro, “The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles”, *op. cit.*, pág. 479.

¹⁰² *Ibidem*, pág. 481.

destinatários da norma, uma vez que este componente normativo é melhor explicado pela generalidade. Assim, a ausência de especificação dos destinatários da norma mostra-se irrelevante para a distinção entre princípios e regras. A genericidade pode, então, ser baseada na ação hipotética. As sentenças normativas descrevem uma categoria de ações, que podem variar de acordo com diferentes propriedades, objetos ou ferramentas. Usando o exemplo de uma norma onde os cidadãos têm o direito a expressar-se livremente, estamos, portanto, perante uma ação genérica que pode conter ações específicas, como será o caso de escrever um livro, cantar uma música, produzir um filme. E perante estas ações podemos ainda encontrar propriedades de diferenciação, sendo o objetivo de se expressar cantando uma música em forma de protesto político, por exemplo.

Porém, podemos encontrar a genericidade também nas situações hipotéticas. Como foi referido, anteriormente, as normas exigem o desempenho de uma ação sempre que houver oportunidade, todavia existem normas que necessitam, para além de oportunidade, de um determinado estado de coisas. Observando o antecedente de uma norma hipotética deste tipo: “se chover, ligo a um amigo”, é possível encontrar a genericidade no ato de chover, visto poder ser chuva, chuvisco, entre outros¹⁰³.

No que concerne a normas universais, que exigem o desempenho sempre que haja oportunidade, devemos simplesmente encontrar um estado de coisas para que o desempenho da ação descrita no antecedente seja possível. Destarte, a genericidade da norma aumenta de forma proporcional a genericidade da ação hipotética descrita no antecedente. No caso dos princípios, visto que as ações hipotéticas são descritas através de uma disjunção inclusiva ($x_{b1} \vee x_{b2} \vee x_{b3} \vee x_{bn}$), as oportunidades para tal ação serão bastante elevadas, uma vez que o estado de coisas necessário é deixado em aberto.

Em suma, este critério é o mais capaz para dar resposta à problemática distinção entre princípios e regras. A utilização da figura da genericidade no antecedente normativo consegue lapidar uma teoria anteriormente fraca, numa teoria de distinção forte. Por outro lado, consegue descrever de forma precisa e bastante completa a estrutura dos princípios, retirando de cena o cariz

¹⁰³ MONIZ LOPES, Pedro, “The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles”, *op. cit.*, pág. 482.

demarcado de conflitualidade encontrada na concepção de Robert Alexy. E, por fim, ao submeter a genericidade ao elemento normativo de ação hipotética como característica presente nos princípios, enquanto que há uma ausência desta particularidade nas regras, fornece um critério de diferenciação bastante eficaz. Esta teoria e consequentemente estas características irão ser de extrema importância no desenrolar deste trabalho.

Capítulo III. Conflitos Normativos

Como é sabido, a principal função do Direito é guiar a ação humana, avaliando estas mesmas ações e regulando a conduta humana. Para tal, o Direito procede à determinação do comportamento humano através de permissões, obrigações ou proibições. Esta distinção deontica e consequente criação de uma pauta de ação humana, leva a que valores superiores como justiça, segurança ou estabilidade sejam alcançados e estejam presentes na sociedade. Desta forma, a situação ideal num ordenamento jurídico seria que, a cada problema levantado, apenas uma resposta seria dada, transportando, assim, uma ideia de segurança e certeza aos destinatários normativos. Porém, esta conjuntura é de grande dificuldade sendo apenas um ideal, uma vez que, não raras as vezes, nos deparamos dentro de um sistema jurídico a um cúmulo normativo regulando uma mesma conjuntura.

Chegado a este ponto, é de extrema relevância ressaltar a figura da concorrência entre normas. Esta concorrência não é nada mais do que uma afluência normativa perante um caso específico. Destarte, a concorrência de normas tem um âmbito abundantemente alargado, onde se pode incluir os conflitos normativos, não sendo, porém, impossível uma limitação da atuação desta figura. O autor David Duarte refere que estamos na presença de uma concorrência entre normas quando dentro do mesmo conjunto normativo, os factos relevantes do caso, com a definição da questão jurídica inerente, preenchem mais do que uma previsão normativa.¹⁰⁴ Assim, podemos concluir

¹⁰⁴ DUARTE, David. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa - A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, pág. 179.

que é necessário observar três pressupostos distintos para estarmos diante de uma concorrência normativa:

- (i) Normas dentro do mesmo conjunto ordenativo;
- (ii) Factos relevantes de um caso;
- (iii) Integrarem mais do que uma previsão normativa.

Através destes três pressupostos, excluem-se situações que à primeira vista poderiam cair no âmbito da concorrência normativa. Primeiramente estão excluídos da categoria de concorrência normativa as situações onde estamos perante uma convergência de normas, porém de ordenamentos jurídicos diferentes. O exemplo perfeito desta realidade são os casos que caem no âmbito do Direito Internacional Privado.¹⁰⁵ Nestas situações não estamos perante a escolha de uma norma dentro de um conjunto normativo, mas sim a escolha de um ordenamento jurídico onde se encontra uma norma referente ao caso em estudo.

Por outro lado, a figura da concorrência de normas também de ser afastada nas situações jurídicas onde encontramos uma diversidade de circunstâncias que acabam por atrair várias normas para o caso. Estes casos estão ligados ao preenchimento de várias previsões normativas, devido a uma deficiente escolha dos factos e consequente confusão do caso em estudo. Sem dúvida que a melhor forma de clarificar esta situação é ilustrando com um exemplo de grande valia levado a cabo por David Duarte.¹⁰⁶ Por conseguinte, imaginemos uma situação onde um artista plástico elabora uma instalação artística na via pública, num local de circulação rodoviária, tarefa que inicia à 16h30 do dia X, sendo o artista de nacionalidade portuguesa eu que não solicitou qualquer tipo de autorização administrativa. Através dos factos descritos, é possível o preenchimento de diversas previsões normativas, como são os casos de normas sobre a liberdade de escolha de profissão, norma referente à sua nacionalidade ou normas referentes à falta de autorização administrativa. Recorrendo a este exemplo fica mais claro que o pressuposto (ii) está em falta, uma vez que não existe uma seleção dos factos referentes ao efeito do direito

¹⁰⁵ DUARTE, David. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa - A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, pág. 180.

¹⁰⁶ *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa...*, *op.cit.*, pág. 182.

que se pretende determinar, acabando por abarcar uma enormidade de previsões.

Por último, também não podemos falar de concorrência de normas quando estamos perante a aplicação de uma norma através da utilização de uma norma remissiva, ou normas com ficções. Nestas situações, a norma remetente contém uma estatuição que define a aplicação de outra norma, enquanto que a norma de ficção determina que um facto deve ser compreendido e entendido como se fosse outro, para que possa ser aplicada a consequência presente nesta, não são verdadeiramente aplicadas, visto que apenas uma norma é convocada.¹⁰⁷ Destarte, neste cenário acaba por ser o pressuposto (iii) a não ser preenchido, acabando, tal como nos exemplos anteriores, a não se verificar uma concorrência de normas.

Posteriormente a esta breve e concisa distinção entre concorrência de normas, onde se encontram os conflitos normativos, e situações de mera afluência de normas, é necessário proceder, neste momento, a uma clarificação do conceito de conflito normativo. Estamos perante um conflito normativo quando verificamos um choque entre proposições que pautam um mesmo facto que, porém, não podem ser aplicadas, num mesmo espaço temporal, dentro do mesmo sistema normativo sem que uma das normas seja desrespeitada. De forma lacónica, para Norberto Bobbio estamos perante uma antinomia quando, na presença de duas normas uma delas obriga e a outra proíbe, ou quando uma obriga e outra permite e, quando uma proíbe e outra permite um mesmo comportamento¹⁰⁸. Acrescentado a este pequeno esboço a necessidade de as normas encontrarem-se previstas no mesmo ordenamento e que tenham o mesmo âmbito de validade. Já Alf Ross¹⁰⁹ considera existir uma inconsistência, ou conflito, entre duas normas quando se imputam efeitos jurídicos incompatíveis às mesmas considerações fácticas. Portanto, considerando que o Direito e consequentemente a criação normativa é um processo dinâmico que se encontra dependente de considerações políticas, e acima de tudo é uma criação humana, onde o erro e o lapso são características de uma racionalidade limitada.

¹⁰⁷ DUARTE, David. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, op. cit., págs. 182 e 183.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto, *Teoria General del Derecho*, pág. 188.

¹⁰⁹ ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y Justicia*, pág. 124

Acrescendo o facto de estarmos perante uma época onde todo o tipo de conduta humana acaba por ser regulamentado, criando, assim, um complexo e abundante ordenamento jurídico, não é de estranhar que nos deparemos com normas conflituantes entre si. Afastando desta forma a tese que os sistemas jurídicos apresentam uma característica de coerência e unidade absolutas, onde as proposições jurídicas não se contradizem. Ideia plantada pela nossa tradição romanista, uma vez que o *digesto*, presente nas constituições de Justiniano, afirmava não existirem normas incompatíveis entre si num ordenamento jurídico, estando em plena coerência entre si.

Após esta pequena clarificação do conceito de conflitos normativos, é de grande relevância passar a uma breve distinção entre as diferentes classificações das antinomias.

3.1 Classificação das Antinomias

Dentro do conceito de conflito entre normas ou antinomias, é possível distinguir diferentes tipos de classificações mostrando formas distintas de abordar o mesmo tema. O objetivo deste segmento passa por uma breve abordagem pelas diferentes classificações elaboradas pela literatura jurídica, dando primazia às classificações que melhor se coadunam com o tema geral deste trabalho. Portanto, não procuramos, neste segmento, uma excessiva completude do tema, ficando assim claro que certas distinções poderão ficar de lado, para que o foco geral não seja desviado.

3.1.1 Critério da Pertinência da Norma

Conforme este critério é possível distinguir conflitos consoante o sistema jurídico. Assim, podemos diferenciar entre conflitos intrasistemáticos e os extrasistemáticos. Esta distinção não apresenta dificuldades de maior, uma vez que, tal como o nome indica, os conflitos intrasistemáticos são conflitos que se dão dentro do mesmo ordenamento. Por outro lado, os conflitos extrasistemáticos ocorrem quando estamos perante normas de diferentes sistemas. Neste ponto, é necessário referir que os conflitos podem ocorrer entre sistemas normativos diferentes, como seria o caso de conflitos entre normas

referentes ao Direito e à Moral. Já nos conflitos extrasistemáticos referentes a sistemas jurídicos diferentes, ocorrem em situações de âmbito do Direito Internacional. Devemos, então, voltar a mencionar o pressuposto (i) analisado no início deste capítulo. Assim, haverá situações onde não se verificará um verdadeiro conflito normativo, reduzindo a questão à escolha de um ordenamento jurídico, onde se encontram as normas em questão.

Este critério da pertinência da norma também pode ser caracterizado como critério de âmbito, tal como refere Maria Helena Diniz¹¹⁰, fazendo, então, na sua obra uma distinção entre antinomias de direito interno, direito internacional e interno-internacional. Assim, é possível verificar que não há uma homogeneidade no que se refere aos critérios de classificação dos conflitos, já que neste caso, embora os traços característicos de ambos os critérios sejam bastante idênticos, a terminologia utilizada é desigual.

3.1.2. Critério de validade

Este critério de classificação de conflitos entre normas tem o seu cerne, tal como o nome indica, na validade. Esta validade deriva de dois fatores distintos, por um lado, do processo de criação normativa, e por outro, pela falta de adequação do conteúdo de uma norma criada em relação a uma norma superior. Desta forma, consoante a origem da invalidez da norma estamos perante conflitos normativos formais ou materiais. Através deste critério de caracterização de conflitos é possível determinar um conflito normativo em sentido formal, que pode também ser caracterizado como “infração”, visto que ocorre um desrespeito pelo processo de criação normativo, e um conflito em sentido material, também caracterizado por “contradição normativa”¹¹¹.

3.1.2.1. Conflitos autênticos e conflitos aparentes

Continuando na classificação de antinomias, tendo como foco principal a validade jurídica é possível distinguir entre antinomias autênticas e antinomias aparentes. Esta classificação tem como fundamento a validade jurídica das

¹¹⁰ *Conflitos entre normas*, pág. 28 e 29.

¹¹¹ HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, pág. 67.

normas envolvidas nos conflitos. Desta forma, estamos perante uma antinomia aparente quando uma das normas em conflito carece de validade. Como, a uma das normas há uma supressão de validade jurídica, o conflito passa a ser apenas aparente, uma vez que não podemos falar de norma. Já na segunda classificação, conflitos autênticos, as duas normas são válidas, ocorrendo verdadeiramente um conflito entre normas, posto que ambas as normas se encontram válidas no ordenamento.

Porém este critério apresenta uma contradição, uma vez que não é uma verdadeira distinção. Ao considerarmos que existem conflitos aparentes, reconhecemos de forma implícita que não estamos perante um verdadeiro conflito. Contudo, como destaca Martínez Zorrilla¹¹² esta distinção e consoante caracterização de conflitos continua a ser pertinente no estudo das antinomias, uma vez que a própria validade da norma não é de simples acesso, sendo necessária uma análise rigorosa para determinar a invalidez da norma e decorrentemente classificar a antinomia como aparente. Sob outra perspetiva, as duas classificações apresentam o mesmo obstáculo: determinar consoante as normas em conflito, qual a mais adequada para ser aplicada a uma decisão. Por fim, a utilização de critérios fixos de resolução de conflitos encontram-se profundamente ligados com questões de validade e aplicabilidade. A figura da aplicabilidade tem o seu âmbito de ação nas decisões judiciais, uma vez que as decisões têm que ser justificadas consoante as normas aplicáveis aos factos do caso concreto.¹¹³

A classificação de antinomias como aparente não se esgota na explicação dada anteriormente. Destarte, podemos encontrar no pensamento jurídico uma distinção entre conflitos aparentes e reais, onde o facto decisivo da classificação deixa de ser a validade jurídica passando a ser a solução para os conflitos.

Desta forma, se ao depararmos com uma antinomia e, se a sua solução está tipificada no ordenamento jurídico, estamos perante uma antinomia, posto que a resposta para o conflito está positivada. Em alternativa, caso a antinomia

¹¹² MARTÍNEZ ZORRILLA, David, "Conflictos Normativos" in FABRA ZAMORA, Jorge Luis e Rodríguez Blanco, Verónica (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, págs. 1315 e 1316.

¹¹³ MORESO, Josep-Joan e NAVARRO, Pablo Eugenio, "Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas" in *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 5, pág. 124.

não tivesse solução presente no ordenamento jurídico, esta é classificada como antinomia real.

Após esta sucinta vagem pelos conceitos de antinomias reais e aparentes, é de grande relevo apresentar, em brevíssimas palavras, as críticas de Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹¹⁴ a esta formulação analisada. Assim, o autor apresente três insuficiências para a classificação destas antinomias:

- (i) Não se pode acreditar que os critérios de solução tenham surgido como normas positivas e não como regras práticas, o que, caso contrário, obrigaria a que os direitos passassem paulatinamente de situações em que as antinomias fossem todas reais para passarem a ser todas aparentes;
- (ii) Teríamos que considerar todas as regras como normas efetivas, quando na realidade são variáveis e dinâmicas;
- (iii) Supondo que havia regras normativas, não haveria necessidade em recorrer a critérios interpretativos não normativos;

Considerando estas críticas, Tércio Sampaio Ferraz Júnior sugere que a distinção tal como vimos seja comutada. Na formulação alterada estaríamos perante uma antinomia real quando nos deparássemos com uma lacuna de regras de solução, ou seja, uma inexistência de solução tipificada no ordenamento jurídico, ou quando ocorresse um conflito de segundo grau, isto é, um conflito entre critérios de solução de conflitos existentes¹¹⁵. Já os conflitos aparentes seriam observados nas situações inversas ao explanado. Desta forma, perante um conflito entre princípios, estaríamos, portanto, no âmbito de uma antinomia real, já que não é possível encontrar no ordenamento jurídico uma solução tipificada para este tipo de conflitos.

3.1.2.2. Classificação da coincidência dos âmbitos de validade

A seguinte classificação na qual nos vamos debruçar tem como enfoque principal o âmbito de validade e a coincidência deste fator entre normas. Esta

¹¹⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, pág. 205..

¹¹⁵ *Ibidem*.

análise aos conflitos entre normas foi originalmente desenvolvida por Alf Ross¹¹⁶, tendo também Norberto Bobbio¹¹⁷ utilizado a mesma terminologia para diferenciar e classificar os diferentes tipos de conflitos. Alf Ross classifica as antinomias como total-total, total-parcial e parcial-parcial.

A antinomia total-total é uma antinomia absoluta, desta forma não é possível aplicar uma norma sem que esta esteja em conflito com outra. Os âmbitos de validade de ambas as normas são exatamente coincidentes. Para ilustrar este conflito recorreremos ao seguinte exemplo: perante duas normas N1 e N2, onde N1 dispõe: "é proibido correr no interior das instalações da faculdade", enquanto que N2 estabelece: "é permitido correr nas instalações da faculdade". Através deste exemplo é possível verificar que as normas são deonticamente incompatíveis, uma vez que cumprindo uma norma, a outra será desrespeitada. Alf Ross recorre ao uso metafórico de duas circunferências para representar os conflitos, sendo que, neste caso, os círculos tanto de N1 e N2 são totalmente coincidentes e conseqüentemente encontram-se sobrepostos. A segunda antinomia identificada por Alf Ross, antinomia total-parcial, o âmbito de aplicação não é coincidente tal como vimos na explanação anterior, uma vez que o âmbito de uma norma está totalmente incluído noutra norma, que apresenta um maior número de casos. Retomando o exemplo utilizado, N1 determina: "é proibido correr no interior das instalações da faculdade", enquanto que uma nova norma, neste caso, N3 estipula: "é permitido correr no interior das instalações da faculdade em caso de urgência médica". Podemos concluir que N3 tem um âmbito de aplicação mais específico, enquanto que N1 tem um âmbito mais amplo. Sempre que N3 for aplicada acabará em conflito com N1, já a aplicação de N1 não pressupõe um conflito com N3. Portanto, este conflito total-parcial representa as situações de conflito entre uma norma geral e uma norma especial. Ross descreve graficamente este conflito através de círculos concêntricos, onde a norma mais específica encontra-se totalmente no interior do outro círculo, que representa a norma geral.

Por fim, na antinomia parcial-parcial as normas em conflito compartilham um âmbito de aplicação onde ocorre o conflito, enquanto que parte do seu âmbito de aplicação encontra-se em total harmonia. Utilizando outro caso hipotético, N4 estabelece

¹¹⁶ *Sobre el Derecho y Justicia*, págs. 124 e 125.

¹¹⁷ *Teoria General del Derecho*, págs. 201 – 203.

“proibido comer na biblioteca da faculdade entre as 14h e as 18h”, enquanto que N5 dispõe: “permitido comer na biblioteca da faculdade nos períodos de chuva”. Então, irá produzir-se um conflito apenas nos casos em que chova durante o período das 14h até às 18h. Por outro lado, é possível a aplicação das duas normas sem que estas entrem em conflito. É possível aplicar N5 sem entrar em conflito com N4 em dias de chuva mas no horário das 10h às 12h. Ou, por outro lado, N4 é aplicada durante as 14h e as 18h, sendo portanto proibido comer, em dias de sol, sem que entre em conflito com N5. Esta antinomia é representada graficamente através de dois círculos secantes, ou seja, onde parte dos círculos se encontram sobrepostos, enquanto que outra parte se encontra em independência.

3.2 Critérios de Resolução das Antinomias

Após uma análise das diferentes caracterizações e distinções dos conflitos entre normas é agora necessário compreender e analisar os critérios que são dados para resolver os conflitos. Aceitando a ideia de que é possível encontrar normas que entram em conflito dentro de um sistema jurídico, a ciência jurídica aponta critérios para que o aplicador seja capaz de ultrapassar estes obstáculos jurídicos. Estes critérios, que têm em si uma ideia de estabelecer a coerência num ordenamento jurídico, são critérios normativos formais, pré-estabelecidos e que servem para responder a uma generalidade de conflitos. Portanto, na secção seguinte iremos concentrar as nossas atenções na exposição dos critérios mais comumente presentes na literatura jurídica.

- a) Critério Hierárquico – Este critério surge da ideia de superioridade da lei como vontade geral, vinda da Revolução Francesa. Segundo o signo deste critério, perante duas normas incompatíveis irá prevalecer a norma hierarquicamente superior, respeitando assim o brocado «*lex superior derogat inferior*». Deste critério podemos concluir que as normas superiores podem revogar as inferiores, porém as inferiores não podem revogar as normas superiores. Para ilustrar este critério, na melhor do que transcrever o exemplo dado por Bobbio, que recorre

à realidade militar para descrever a hierarquização presente num ordenamento jurídico:

“O cabo recebe ordem do sargento, o sargento do tenente, o tenente do capitão até o general, e mais ainda: num exército fala-se de unidade do comando porque a ordem do cabo pode ter origem no general. O exército é um exemplo de estrutura hierárquica. Assim é o ordenamento jurídico.”¹¹⁸

É desta forma que a constituição prevalece sobre a lei, falando-se assim de inconstitucionalidade ou de ilegalidade quando atos normativos díspares da lei a contrariam. Esta superioridade de certas normas tem sido alvo de aprofundamento por parte da doutrina, tendo em consideração diferentes elementos. Podemos destacar, a diferente posição hierárquica dos órgãos criadores de normas, a capacidade da norma superior em se supra-ordenar materialmente perante a norma inferior, o caráter instrumental da norma superior ou a força demonstrada por uma norma no momento de um conflito¹¹⁹.

- b) Critério Cronológico – Como é sabido, um sistema jurídico tem como uma das suas características principais o pluralismo normativo, que se manifesta não só pelas diversas fontes de produção normativa, mas também pela perspectiva dinâmica-temporal¹²⁰. Destarte, é necessário que se observe uma certa dinâmica de produção normativa com o intuito de acompanhar as constantes mudanças sociais. A expressão «*lex posteriori derogat priori*» é expoente máximo deste critério de sucessão de leis no espaço. De forma muito simples, este critério implica que a vontade legislativa expressa da norma mais recente impor-se-á sobre uma norma anterior¹²¹.

- c) Critério da Especialidade – O Critério da Especialidade apresenta a possibilidade de resolver conflitos normativos sem que seja necessário

¹¹⁸ BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, pág. 50

¹¹⁹ BLANCO DE MORAIS, Carlos, *As leis reforçadas...*, *op. cit.*, pág. 253.

¹²⁰ FREITAS DA ROCHA, Joaquim, *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos - Esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa*, pág. 300.

¹²¹ BLANCO DE MORAIS, Carlos, *As leis reforçadas...*, *op. cit.*, pág. 235.

a invalidação da norma preterida, seguindo o brocado «lex specialis derogat generali», é possível apreender que a lei especial irá prevalecer em confronto com a lei geral. A norma é considerada especial quando possuir todos os elementos típicos da norma geral e ainda acrescentar outros, tanto de natureza objetiva como subjetiva. Este critério tem como justificação a percepção, por parte do legislador, que a norma geral continuaria o tratamento igual de situações que merecem um tratamento diferenciado¹²². Este tratamento diferenciado traz consigo uma ideia, e acima de tudo uma exigência de justiça, legalidade e igualdade¹²³. É possível, então, concluir que este critério tem em si uma ideia de conexão do direito com a realidade social, uma vez que pressupõe a ideia de que situações iguais devem ser tratadas de forma igual, enquanto que situações desiguais devem ser abordadas de uma forma diferente, respeitando, assim, uma ideia de igualdade aristotélica.

c.1) Critério da Territorialidade – O Critério da Especialidade não se esgota no que foi mencionado anteriormente, uma vez que concentra em si outro tipo de critério. Embora, certa parte da doutrina, sobre esta temática, faça uma distinção entre o critério da territorialidade e o critério da especialidade, a verdade é que o primeiro continua a ser como que um subcritério da especialidade. O critério da territorialidade tem como campo preferencial de aplicação os ordenamentos onde se verificam a existência de núcleos produtores normativos descentralizados. Destarte, o âmbito de aplicação deste critério é visível quando uma norma de abrangência territorial mais ampla dispõe o contrário em relação a outra norma com abrangência territorial mais restrita, sobre a mesma matéria¹²⁴.

3.3 Conflitos entre Princípios

¹²² BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, op. cit., pág.50.

¹²³ BOBBIO, Norberto, "Des critères pour résoudre les antinomies" in Perelman, ed., *Des antinomies en droit*, pág. 249.

¹²⁴ FREITAS DA ROCHA, Joaquim, *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos - Esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa*, pág. 308.

Até este momento, analisamos as diferentes distinções de conflitos entre normas, tendo em atenção, primordialmente, os conflitos entre regras. É, no entanto, agora necessário entrar ainda mais fundo nesta temática e focar a nossa atenção nos conflitos entre princípios.

Assim, este tipo de conflitos, que iremos analisar, apresenta características singulares e diferenciadoras quando equiparadas aos conflitos entre regras. No seguimento desta conceção criou-se a ideia dentro da maioria da comunidade jurídica que certas características apenas são possíveis de ser enquadrar dentro da gama de conflitos entre princípios. É esta ideia comum de características únicas dos conflitos e, consequentemente da própria norma-princípio, Martínez Zorrilla¹²⁵ apelida de forma oportuna como “*Standard Conception*”. Esta conceção divide-se em três pontos distintos.

Primeiramente, existe a crença eu os elementos envolvidos nestes conflitos, os princípios, são opostos às regras. Desta forma, os princípios e as regras são normas de categorias diferentes, com estruturas diferentes, situação já analisada anteriormente.

Por outro lado, os conflitos entre princípios são diferentes dos conflitos entre regras. Enquanto que os conflitos entre regras são conflitos possíveis de determinar em abstrato, os conflitos entre princípios que se encontram dependentes das especificidades do caso em concreto, não sendo uma consequência de um erro lógico presente no sistema jurídico. Por fim, enquanto que as antinomias entre regras são resolvidas através de critérios formais e pré-estabelecidos no sistema jurídico, isso já não se verifica com os conflitos entre princípios. Nesta última categoria de conflitos, os critérios hierárquicos, cronológico ou de especialidade são insuficientes para dar uma resposta ao conflito em questão. Destarte, o método mais comum para resolver os conflitos entre princípios é a ponderação, método que será o nosso foco de atenção no próximo capítulo.

Assim sendo, neste segmento iremos debruçar-nos sobre a segunda tese do “*Standard Conception*”, analisando tanto a doutrina que defende uma

¹²⁵ *The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights*. 2011 - Law and Philosophy 30 (6), pág. 730 e 731.

apreensão do conflito de forma concreta, como autores¹²⁶ que demonstram a apreensão dos conflitos de forma abstrata não é apenas uma característica integradora dos conflitos entre regras, sendo uma realidade na colisão entre princípios.

3.3.1 A Conceção negadora do conflito entre princípios

Antes de nos aprofundarmos na distinção entre conflitos em abstrato e em concreto, apresenta-se de grade valia dedicar parte do nosso tempo à análise da concepção que nega a existência de um verdadeiro conflito entre princípios. Embora os conflitos entre princípios sejam um dos tópicos mais desenvolvidos por parte da comunidade jurídica, este acaba por não criar consenso logo no seu ponto essencial, o conflito. Neste aspeto, há uma divisão entre aqueles que consideram a colisão entre princípios um verdadeiro conflito normativo e aqueles que apreciam este conflito como algo aparente, não sendo um verdadeiro conflito.

Primeiramente, de uma forma mais ou menos difundida há a ideia de que os conflitos entre princípios não são um verdadeiro conflito, mas sim um conflito aparente resultado da resolução destes. Desta forma, como foi mencionado *supra* ao não ser possível resolver estas colisões através de critérios definidos e tipificados no ordenamento jurídico e consequentemente a não invalidação de uma das normas, nem a criação de uma exceção, acaba por tornar este conflito numa espécie de pseudo conflito. Em conjunto com este fator, a tese de que os conflitos entre princípios apenas podem ser observados de forma concreta, uma vez que as normas são consistentes entre si e encontram-se em conformidade com o sistema jurídico onde estão integrados.

Esta ideia de que os conflitos entre princípios não são realmente conflitos não se esgota no argumento acima descrito. Outros argumentos foram utilizados para demonstrar esta tese, onde se pode encontrar nomes ilustres da literatura

¹²⁶ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa (Barcelona-Madrid-Buenos Aires: Marcial Pons, 2007); ZUCCA, Lorenzo, Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA (Oxford: Oxford University Press, 2007) e Conflicts of Fundamental Legal Rights as Constitutional Dilemmas. in Brems E (eds.) Conflicts Between Rights, (Antwerp/Oxford: Intersentia, 2008); ou GUASTINI, Riccardo, *I principi nel diritto positivo*. In Distinguendo. Studi di teoria e metateoría del diritto. (Torino: Giappichelli, 1996);

jurídica. Sob este prisma é importante analisar as ideias de Jurgen Habermas e Klaus Gunther.

Começando por Gunther, este autor tece críticas à formulação dos princípios como mandatos de otimização por parte de Robert Alexy. Desta forma, Alexy ao considerar que os princípios são normas jurídicas que ordenam que sejam realizadas da melhor maneira possível, tendo em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas, atribui aos princípios uma estrutura teleológica¹²⁷. Esta estrutura teleológica acaba por comprometer o carácter deontológico dos princípios, uma vez que Alexy consegue formar um paralelismo entre princípios e valores¹²⁸. Destarte, há uma perda de “dever ser” característico das normas jurídicas para observarmos “o melhor estado possível” característica típica dos valores.

O pensamento de Gunther serviu de influência para Habermas, formulando ele próprio, críticas à teoria de Robert Alexy. Seguindo a mesma linha de pensamento, Habermas considera que os direitos fundamentais, estendendo consequentemente aos princípios, não podem ser concebidos como valores. Enquanto que as normas obrigam a que os seus destinatários pratiquem um certo comportamento, já os valores indicam a preferência por certos bens que devem ser realizados na sua maior medida possível¹²⁹. Tal como Gunther, ao aproximar os princípios dos valores acaba por cair o carácter deontológico, sobressaindo o carácter teleológico. Para Habermas, as normas deontológicas têm um sentido absoluto, uma obrigação incondicional e universal, apresentando uma característica de validade binária, ou são válidas ou não¹³⁰. Uma vez que, na opinião de Habermas, há uma construção errada por detrás do conceito de princípios não se observa verdadeiramente um conflito entre princípios. Tendo em consideração que os princípios têm um carácter deontológico e não teleológico, na presença destes pseudo conflitos, a solução é encontrada entre as normas aplicáveis *prima facie*, optando pela norma que melhor corresponde ao caso concreto¹³¹.

¹²⁷ GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação, pág.314.

¹²⁸ *Ibidem*, pág. 321.

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso. 2. ed. Madrid: Trotta, 2000, pág. 328.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ibidem*, pág. 333.

Por outro lado, Luigi Ferrajoli, embora com uma tese distinta, também considera não existir um verdadeiro conflito entre direitos fundamentais e, conseqüentemente, entre princípios. O autor italiano baseia a sua tese na diferença estrutural dos direitos que não permite que estes entrem em conflito. Para sustentar esta ideia, Ferrajoli distingue diferentes categorias dentro dos direitos constitucionais: (i) direitos de imunidade ilimitados; (ii) direitos de liberdade; (iii) direitos sociais; (iv) direitos-poderes¹³². Assim, os direitos de imunidade ilimitados são direitos que, por norma, não convivem sem interferência com outros direitos, já o segundo grupo de direitos encontram os seus limites na convivência com outros direitos de liberdade, dando uma certa ideia de conflito dentro desta categoria de direitos, embora Ferrajoli utilize a expressão limites. Por outro lado, os direitos sociais não entram em conflito com outros tipos de direitos fundamentais, uma vez que os seus limites são fixados pelos custos necessários para satisfazer os mesmos, e por fim, os direitos-poderes são direitos que têm a tarefa de submeter limites vínculos e controles jurisdicionais de validade e licitude.

Na opinião do autor italiano, não é possível encontrar num sistema jurídico conflitos entre diferentes categorias dos direitos fundamentais. Podemos, então, concluir que Ferrajoli tem uma visão quarentista do sistema jurídico¹³³, uma vez que defende uma coerência do sistema jurídico, retirando a possibilidade de conflitos entre direitos fundamentais.

Esta teoria de Luigi Ferrajoli traz consigo algumas dúvidas e críticas, já que é da nossa opinião que é possível observar conflitos tanto dentro da mesma categoria como conflitos entre direitos de diferentes categorias. Pensando nos direitos de imunidade, podemos encontrar uma certa ideia que não é possível entrarem em conflito, uma vez que estes direitos não são exercidos, apenas se observa uma exigência de não interferência nos mesmos. Nestes direitos encontramos, por exemplo, os direitos de personalidade, onde é possível distinguir como exemplos o direito ao nome, direito à intimidade ou direito a não ser torturado. Recorrendo a este último direito, direito a não ser torturado, e

¹³² FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001, pág. 353 e 354.

¹³³ PRIETO SANCHÍS, Luís, «Constitucionalismo y garantismo», en M. Carbonell y P. Salazar (coords.), Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de L. Ferrajoli, págs. 46 e 47.

utilizando o exemplo de Georgio Pino¹³⁴, numa situação de possível atentado terrorista, onde para retirar informação de extrema relevância para o caso é necessário, em última instância, é necessário recorrer à tortura. É possível verificar que haverá um conflito entre o direito do terrorista, a ser torturado, e o direito à vida de terceiros. Com este exemplo, é possível concluir que existem conflitos dentro da mesma categoria de direitos.

No que concerne a conflitos entre diferentes categorias de direitos, Ferrajoli aceita tal possibilidade, porém complementa esta possibilidade afirmando que são conflitos com pouca relevância. Recorrendo ao exemplo mais comum entre direitos fundamentais, direito à honra e bom nome e direito de liberdade de expressão. Nesta situação comum de conflito entre direitos fundamentais, podemos observar que ocorre realmente um conflito entre direitos de diferentes categorias. Destarte, o direito de liberdade de expressão é conduzido à categoria de direito de liberdade, enquanto que o direito à honra, como direito que não é exercido, enquadra-se nos direitos de imunidade. Indo mais longe no exemplo, tendo em consideração as situações onde ocorre um conflito entre o direito de honra, tendo como interveniente no caso uma personalidade que ocupa um cargo público, aumentando, assim, o seu interesse para a opinião pública, e o direito de informar por parte de um meio de comunicação, podemos facilmente concluir que o direito à honra não é ilimitado, podendo ter que ceder perante um direito de liberdade.

Por outro lado, embora Luigi Ferrajoli considere que em caso de colisão entre direitos de liberdade primários, que se dividem em direitos de imunidade e direitos de liberdade, e direitos sociais, não estamos verdadeiramente perante um conflito, mas sim perante uma questão de escolha política. Como é sabido, os direitos sociais são direitos que exigem um comportamento por parte do estado, estando, portanto, dependentes de opções políticas consoante os recursos disponíveis, estando consagrados, a grande maioria, em normas programáticas. Contudo, esta característica não retira um possível conflito destas categorias de direito. O autor italiano utiliza um exemplo de grande valia para ilustrar estas situações, pondo frente a frente o direito à folga, neste caso aos

¹³⁴ *Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli*, in *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 32 (2009), pág. 658.

funcionários de um hospital, e por outro o direito à saúde, um direito social¹³⁵. Ferrajoli utiliza este exemplo, embora de forma não muito clara, para demonstrar os limites do direito de liberdade. E neste ponto é que reside o problema, uma vez que os limites legais dos direitos de liberdade são de difícil acesso e, consequentemente, de difícil determinação. Esta situação, como visto anteriormente, deve-se à estrutura disjuntiva inclusiva dos próprios direitos, característica que leva a uma grande dificuldade em delimitar, de forma eficaz, os próprios direitos, podendo levar a uma restrição excessiva.

Por fim, a terceira tese que nega o conflito entre princípios concentra os seus argumentos na possibilidade de limitar os direitos fundamentais. Assim, a questão principal centra-se na atuação do legislador no âmbito dos direitos, liberdades e garantias e a necessidade de respeitar o conteúdo essencial destes direitos, conforme o nº 3 do artigo 18º, da constituição da república portuguesa. A querela neste tópico está presente na possibilidade de restringir ou não os direitos fundamentais, e até que ponto este conceito de conteúdo essencial está determinado para todos os casos de um modo fixo ou se encontra dependente do caso concreto. Estas duas visões, referentes ao conteúdo essencial dos direitos, dividem-se em conceitos absoluto e relativo, respetivamente¹³⁶.

A ideia de que conteúdo essencial é absoluto e que se encontra determinado de forma abstrata, não necessitando do caso concreto para tal, transporta-nos para a ideia que não poderá ocorrer uma limitação dos direitos fundamentais. Por outro lado, a ideia de um conteúdo essencial absoluto sugere, também, que o suporte fático destes se encontre de forma restrita. Um suporte fático restrito supõe que as ações dos direitos fundamentais estão bem definidos, uma vez que, *à priori*, algumas ações que poderiam enquadrar-se dentro do suporte fático de um outro direito fundamental, estão automaticamente excluídas. Sempre que falamos num suporte fático restrito, neste âmbito, a figura da restrição de direitos fundamentais e, sobretudo, conflito entre direitos fundamentais está afastada¹³⁷.

¹³⁵ Principia iuris. Teoria del derecho y la democracia, Madrid, Trotta, 2007, págs. 72 e 73.

¹³⁶ QUEIROZ, Cristina, Direitos Fundamentais. Teoria Geral, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 270.

¹³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da, O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, in: Revista de Direito do Estado 4 (2006): pág. 33.

Desta forma, sempre que se defende um conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais e um suporte fático restrito dos mesmos, a possibilidade de limitação, ou seja, uma restrição dos direitos encontra-se afastada. Esta negação da restrição dos direitos fundamentais deve-se à possibilidade de delimitação dos mesmos. A delimitação consiste na possibilidade de conhecer os limites do próprio direito ou liberdade, ou seja, as fronteiras de um direito resultam da própria norma e não de um caso concreto¹³⁸.

Nestas circunstâncias, não existe um conflito entre direitos fundamentais, uma vez que as condutas que acabam por colidir, já se encontram fora da fronteira do direito em causa. Portanto, não existe uma limitação externa, ou seja, uma restrição de um direito por parte do outro. Como a delimitação dos direitos fundamentais é vista como algo alcançável, é possível delimitar o âmbito do direito fundamental. Desta forma, quando ocorre um aparente conflito basta analisar este balizamento do direito e verificar se este se encontra fora ou dentro do âmbito do direito fundamental.

Como exemplo perfeito desta tese, podemos referenciar a situação de um indivíduo que ofende outro. Se à primeira vista, uma situação destas seria um claro conflito entre o princípio de liberdade de expressão e o direito à honra e bom nome, sob a perspectiva desta teoria isso não corresponde à verdade. Assim, o princípio de liberdade de expressão não garante o direito ao insulto, portanto o ato de insultar um terceiro cai fora do âmbito deste princípio. Não ocorre, então, um conflito, bastando para esta solução verificar os limites do princípio para obter uma resposta satisfatória. Esta tese da delimitação dos princípios acaba por ter uma aderência jurisprudencial assinalável, uma vez que permite a fuga ao método da ponderação e, conseqüentemente, das suas críticas. Há, portanto, uma tentativa dos tribunais de delimitar os direitos fundamentais para que a resposta ao caso concreto seja encontrada no âmbito do próprio direito. Ignacio de Otto, um dos autores que defende esta tese, dá como exemplo hipotético, uma seita religiosa nudista, e que perante este grupo não nos encontramos no

¹³⁸ De OTTO, Ignacio, ““La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, in: De OTTO, Ignacio e MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Tecnos, pág. 142.

âmbito do princípio de liberdade religiosa, mas sim uma manifestação externa de culto, logo esta situação enquadra-se dentro do limite de ordem pública¹³⁹.

Embora esta tese apresente argumentos bastante interessantes e bem construídos, não deixa de apresentar certos obstáculos, que tentaremos expor agora de forma clara. Numa primeira fase, a ideia de delimitar os direitos na tentativa de conseguir desta maneira evitar a presença de conflitos acaba por sair frustrada. Partindo do caso hipotético estabelecido anteriormente, onde uma norma permite comer na biblioteca da faculdade nos períodos de chuva, enquanto que outra norma proíbe comer no mesmo local entre as 14h e as 18h, ou ainda recorrendo ao célebre exemplo de Carlos Alchourrón, da proibição de parar perto de instalações militares e a obrigatoriedade de parar no semáforo quando este se encontra com sinal vermelho. Estes dois exemplos, demonstram que, mesmo perante duas normas perfeitamente delimitadas, não é afastada a possibilidade de conflito, visto que ocorre um conflito normativo quando nos deparamos com um semáforo com sinal vermelho nas imediações de uma zona militar, ou, referente ao primeiro exemplo, chuva no período das 14h às 18h.

Por outro lado, esta tese admite, não apenas uma interpretação da norma de direito fundamental, mas também uma interpretação sistemática. Desta forma, para se proceder a uma delimitação do direito é necessário, não apenas contemplar a norma singular, como também o texto constitucional na sua globalidade, visto que apenas interpretando todas as normas constitucionais é que é possível evitar as contradições entre estas¹⁴⁰. É, então, através de uma interpretação sistemática que os possíveis conflitos entre direitos fundamentais passam apenas a conflitos aparentes. Na terminologia utilizada por Guastini, uma interpretação sistemática pode ser conduzida à categoria de uma interpretação corretora, uma vez que atribui ao texto normativo um significado diferente do seu significado literal¹⁴¹. Este significado distinto do literal pode ser mais restrito ou mais amplo. Como estamos perante uma delimitação dos direitos, podemos encaminhar este processo a uma interpretação corretora restritiva. Esta interpretação, tal como o nome indica, restringe o significado

¹³⁹ *Ibidem*, pág. 139.

¹⁴⁰ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, págs. 64 e 65.

¹⁴¹ GUASTINI, Riccardo. Estudios sobre la interpretación jurídica, tradução de M. Gascón y M. Carbonell, pág. 31.

prima facie de uma disposição, excluindo do seu campo de aplicação alguns supostos fácticos que estariam presentes numa interpretação literal¹⁴².

Esta tentativa de delimitar um direito fundamental através de uma interpretação sistemática apresenta um obstáculo evidente. A necessidade de recorrer a uma interpretação unitária do texto constitucional para delimitar os direitos e evitar contradições, demonstra que estes conflitos são evidentes e verificáveis quando procedemos a uma interpretação literal. Por outro lado, a necessidade da interpretação num ordenamento jurídico, demonstra que as contradições normativas estão presentes, portanto o recurso a uma interpretação corretora restritiva não nos parece capaz de tornar conflitos normativos em apenas pseudo conflitos.

Por fim, a grande crítica que pode ser endereçada a esta tese prende-se com a própria ideia de que é possível delimitar de forma fixa e finita os direitos fundamentais. Esta crítica foi elaborada por Prieto Sanchís¹⁴³. Prieto fundamenta a sua crítica no carácter aberto das condições de aplicação das normas de direito fundamental, ou seja, diferencia os princípios e regras pelo carácter indeterminado das condições da aplicação dos primeiros. Portanto, o autor, parte da sua conceção de distinção entre princípios e regras para criticar a possibilidade de um catálogo perfeitamente limitado e exaustivo dos direitos fundamentais. No nosso entender, este é o caminho correto a percorrer para criticar esta formulação não conflituosa. Contudo e, como foi examinado no capítulo anterior, esta formulação não se apresenta a mais correta. Portanto, a possibilidade de delimitar os direitos fundamentais exaustivamente parece-nos utópico, devido à genericidade dos antecedentes normativos dos princípios. Uma vez que os direitos fundamentais são praticamente formados por princípios, faz todo o sentido retomar a distinção elaborada entre regras e princípios. Destarte, em sucintas palavras, os princípios apresentam na sua estrutura uma disjunção inclusiva, devido à genericidade dos atos humanos e situações de estado de coisas presentes no antecedente normativo. Retomando a fórmula disjuntiva ($I1 \vee I2 \vee I3$) podemos concluir que será praticamente impossível antecipar todas as

¹⁴² *Ibidem*, pág. 39.

¹⁴³ “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, in PRIETO SANCHÍS, Luis, Justicia constitucional y derechos fundamentales, págs. 217 e ss.

ações específicas presentes nas ações genéricas dos princípios. Consequentemente, a delimitação dos princípios ou direitos fundamentais está colocada de lado pelas próprias características diferenciadoras destes.

3.4. Conflitos em concreto e em abstrato

Neste segmento, iremos retomar o tema dos conflitos normativos, focando agora a nossa atenção numa das distinções possíveis. Assim, a distinção entre conflitos em concreto ou em abstrato merece uma análise separada dos restantes conflitos pela sua estreita ligação com os conflitos entre normas constitucionais e, consequentemente, entre princípios.

Os conflitos em abstrato são os clássicos exemplos de conflitos, onde, por exemplo, N1 proíbe uma ação enquanto N2 obriga essa mesma ação. Há, portanto, neste caso, duas normas que regulam uma mesma conduta, não permitindo que as duas normas sejam respeitadas simultaneamente, uma vez que, atuando conforme a prescrição de uma norma estará a desrespeitar a outra. Portanto, é possível observar através dos operadores deônticos que as normas não são consistentes. Assim, um conflito em abstrato não depende de um caso específico, nem das suas circunstâncias empíricas. Este tipo de conflitos podem ser detetados mesmo quando, um caso concreto não é despontado.

Por outro lado, os conflitos em concreto apenas são gerados pelo caso concreto, ou seja, sem o aparecimento deste caso concreto, as normas envolvidas no conflito apresentam-se consistentes. Destarte, este tipo de conflito está intimamente ligado com as circunstâncias empíricas do caso concreto. Portanto, as duas normas, antes de ocorrer o conflito, aparentam estar em coerência uma com a outra. O exemplo mais comum deste tipo de conflito é, mais uma vez, o caso desenvolvido por Carlos Alchourrón, do semáforo com sinal vermelho e a zona militar. Ou seja, de forma abstrata não se encontram em contradição, contudo no caso de haver um semáforo nas redondezas de uma zona militar, e quando este se encontre com o sinal vermelho ocorre uma incompatibilidade entre estas duas normas. Também é de relevo analisar o exemplo elaborado por Guastini para ilustrar este tipo de conflitos¹⁴⁴:

¹⁴⁴ GUASTINI, Riccardo. Interpretare E Argomentare. Milano: Giuffrè, pág. 107.

N1: "Os cidadãos devem pagar os impostos"

N2: "Aqueles que estão desempregados não devem pagar impostos"

Destarte, estamos perante circunstâncias jurídicas diferentes, uma vez que em N1 estamos perante "cidadãos", já em N2 estamos na presença de "desempregados". Estas duas normas são, portanto, independentes, na formulação de Guastini, que entram em conflito pela existência de cidadãos desempregados. Não retirando mérito ao exemplo elaborado por Guastini, parece que este conflito nos remete para um caso de especialidade, ou seja, um conflito total-parcial, visto que podemos argumentar que os desempregados são como que uma "subcategoria" dentro do universo, cidadão, e como tal merece um tratamento diferenciado.

3.4.1. Previsibilidade dos conflitos em concreto

Instalou-se uma querela doutrinal referente aos conflitos em concreto. Assim, as opiniões dividem-se na possibilidade de este tipo de conflitos poderem ser detetados sem que o caso concreto ocorra.

Um dos autores que defende a previsibilidade dos conflitos, tipicamente, caracterizados como concretos é David Martínez Zorrilla¹⁴⁵. O autor espanhol, ao contrário do que foi analisado até agora, não defende uma divisão das antinomias em abstrato e concreto, propondo uma tese tripartida de conflitos normativos. Desta forma, divide a sua teoria em conflitos em (i) conflitos em abstrato (ii) conflitos de instanciação e (iii) antinomias contextuais.

- (i) A primeira classificação de conflitos normativos de Martínez Zorrilla são os conflitos que podem ser detetados em abstrato. Este tipo de conflitos ao qual refere o autor espanhol são, simplesmente, as denominadas antinomias clássicas. Desta forma, quando duas normas regulam uma mesma ação, porém com operadores deonticos incompatíveis, observa-se uma contradição no sistema

¹⁴⁵ The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights. 2011 - Law and Philosophy 30 (6), págs. 734 e ss.

legal. Esta categoria de conflitos é categorizada como conflitos em abstrato, uma vez que podem ser detetados sem que ocorrem casos individuais e o caso concreto nunca surja.

- (ii) Por outro lado, Martínez Zorrilla, menciona que pode surgir um conflito entre duas normas, mesmo quando estas se apresentem consistentes¹⁴⁶. Nesta segunda categoria de conflitos normativos Martínez Zorrilla recorre ao conceito de Jorge Rodriguez de conflitos de instanciación¹⁴⁷. Este tipo de categoria é caracterizado pela impossibilidade de o agente cumprir as normas aplicáveis, devido a condições empíricas do caso individual. Assim, o cerne do conflito afasta-se das normas, uma vez que estas são consistentes, para se estabelecer nas circunstâncias empíricas do caso. Supondo que uma norma prescreve a obrigação de pagar um imposto, enquanto que outra norma obriga a o comprador a pagar o preço dos bens ou serviços que recebe. As duas normas apresentam-se como consistentes, uma vez que os conteúdos de ambas as normas são independentes logicamente e, simultaneamente, apresentam o mesmo tipo de operador deontico. Todavia, num caso concreto o sujeito pode não ter capacidades para satisfazer as duas obrigações, já que, por exemplo, não tem capacidade financeira para tal. Destarte, estes conflitos são apreendidos de forma concreta, visto que dependem das circunstâncias empíricas.
- (iii) Por fim, quando duas normas são aplicáveis simultaneamente à mesma ação individual, visto que uma instância de duas ou mais ações genéricas diferentes são qualificadas pelas normas com categorias deonticas incompatíveis, assim por razões lógicas ocorrerá um conflito. Portanto, quando numa determinada situação, um individuo pode fazer a ação genérica A, mas, simultaneamente, terá que se abster de executar devido à ação genérica B, devido à ação individual c, que integra tanto A como B,

¹⁴⁶ *Ibidem*, pág. 734.

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ, Jorge, *Lógica de Los Sistemas Jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 99 e 100.

o indivíduo terá uma permissão e proibição de executar a ação individual c^{148} . Uma vez que, este conflito em abstrato depende de razões lógicas, estamos perante um conflito em abstrato.

Recorrendo a esta última categoria de conflitos, conflitos contextuais, elaborado por Martínez Zorrilla, é possível concluir que este autor defende a possibilidade de previsibilidade dos conflitos em concreto.

Outro autor que partilha a mesma visão da previsibilidade dos conflitos em concreto é Pierluigi Chiassoni. Este autor italiano refere-se aos conflitos em concreto como antinomias bilaterais implícitas, sendo antinomias indiretas. Assim, quando normas que conectam consequências incompatíveis sob diferentes tipos de circunstâncias, que são qualificadas como independentes e não mutualmente exclusivas, é possível individualizar o caso em que as normas estão em conflito¹⁴⁹. Através da formulação de Chiassoni, para ser possível uma apreensão deste tipo de conflitos é preciso recorrer à técnica de disposição combinada. Esta técnica é formulada através da existência de duas normas que irão dar origem a uma terceira norma. Assim, os antecedentes normativos de duas normas associam-se dando origem a um antecedente complexo, enquanto que as consequências destas duas normas também se irão combinar, dando origem a uma terceira norma¹⁵⁰. Desta forma,

- (i) $N1 (S1 \wedge C1);$
- (ii) $N2 (S2 \wedge C2);$
- (iii) $N3 (S3 (S1 \wedge S2) \wedge C3 (C1 \wedge C2));$

Após a aplicação deste método de disposição combinada e através do recurso à lógica e a cálculos é possível verificar em que zonas é que as normas se interseitam no caso concreto. Encontrando as consequências das normas incompatíveis é possível determinar que ocorrerá um conflito entre as duas normas originais, sem ser necessário dar-se o caso concreto.

¹⁴⁸ The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights. 2011 - Law and Philosophy 30 (6), pág.738.

¹⁴⁹ CHIASSONI, Pierluigi. Técnica Dell'interpretazione Giuridica. Bologna: il Mulino, pág. 148.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pág. 149.

Por outro lado, Guastini defende a impossibilidade de uma previsibilidade dos conflitos em concreto. Desta forma, para este autor italiano os conflitos em concreto, ou acidentais, ocorrem quando na fase de aplicação, duas normas conectam consequências legais incompatíveis com a mesma circunstância legal, contudo estas duas classes de circunstâncias legais são conceitualmente independentes¹⁵¹. Portanto, a antinomia só pode ser detetada quando as normas em questão forem aplicadas a um caso concreto¹⁵².

3.4.2. Conflitos constitucionais como antinomias em concreto?

Incutiu-se na doutrina que os conflitos constitucionais são conflitos que apenas são apreendidos através a ocorrência do caso concreto. Deste modo, devido às características únicas das normas constitucionais e, consecutivamente, dos conflitos envolvendo estas normas, a ideia de que os conflitos constitucionais se integram no âmbito dos conflitos em concreto tornou-se praticamente uma certeza dentro da comunidade jurídica. Contudo, nos últimos tempos, esta perspectiva tem vindo a ser criticada, na tentativa de demonstrar que os conflitos constitucionais podem ser captados de forma abstrata. Nesta corrente doutrinal, o autor espanhol David Martínez Zorrilla elaborou uma interessante tese, onde tenta demonstrar que os conflitos constitucionais são capazes de serem apreendidos sem a necessidade da ocorrência de um caso concreto.

Como vimos anteriormente, Martínez Zorrilla procede a uma divisão dos conflitos normativos em três categorias distintas. Portanto, para o autor espanhol, os conflitos constitucionais enquadram-se na categoria de conflitos contextuais. Estas inconsistências lógicas são produzidas sempre que a mesma ação individual é subsumível sob dois ou mais ações genéricas, logicamente independentes, que são deonticamente modalizadas de maneira incompatível¹⁵³.

Para entender o pensamento deste autor é necessário proceder a uma distinção entre ações gerais e individuais. Assim, as normas jurídicas regulam ações genéricas através da atribuição de caráter deonticos, proibição,

¹⁵¹ GUASTINI, Riccardo. Interpretare E Argomentare. Milano: Giuffrè, pág. 107.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, pág. 741.

permissão e obrigação. Contudo, para que esta ação genérica ser executada é necessária que se observe uma ação individual. Para ilustrar esta distinção de ações, podemos recorrer a um exemplo: quando uma norma prescreve a obrigação de pagamento de um certo imposto, esta norma refere-se a uma ação genérica, porém quando um indivíduo, por exemplo o António, paga 75 euros de imposto, esta situação já é considerada uma ação individual.

Martínez Zorrilla utiliza esta divisão de ações e aplica aos direitos fundamentais. Destarte, o direito fundamental à liberdade de expressão ser interpretado, pelo menos como uma permissão para a ação genérica de expressar sua própria opinião, enquanto que, por exemplo, escrever um texto dando a sua opinião sobre a situação política do país enquadra-se numa ação individual, que também esta é permitida. Recorrendo agora ao direito fundamental da honra e bom nome, este pode ser considerado como uma proibição de prejudicar a imagem ou a projeção de um certo indivíduo, sendo, portanto, uma ação genérica. Também este princípio apresenta ações individuais, que também serão consideradas como proibições para terceiros. Nesta perspetiva, uma ação individual ser parte integrante de duas ações genéricas. Aproveitando, novamente, os direitos fundamentais utilizados anteriormente, podemos concluir que a ação individual de expressar a sua opinião, referindo que um político é desonesto e vigarista, faz parte tanto das ações genéricas referentes aos direitos fundamentais de liberdade de expressão e direito à honra e bom nome. Desta forma, esta ação individual será, simultaneamente, uma permissão e uma proibição.

Desta forma, sempre que duas normas são simultaneamente aplicáveis, porque a mesma ação individual é uma instância de duas ações genéricas diferentes que são qualificadas por aquelas normas com categorias deontológicas discordantes, na situação anteriormente vista, uma permissão e uma obrigação, então necessariamente, por razões lógicas, surgirá um conflito¹⁵⁴. Ao contrário dos outros conflitos distinguidos por Martínez Zorrilla, os conflitos contextuais, onde figuram os conflitos constitucionais, são conflitos onde duas normas compatíveis, e logicamente consistentes, visto que regulam duas ações genéricas independentes. Todavia, como uma ação individual, ou

¹⁵⁴ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights*. 2011 - *Law and Philosophy* 30 (6), pág. 738.

seja, o facto real, que pertence a duas ações genéricas surge um conflito, apenas por razões lógicas. Logo, este conflito normativo, devido às suas características ímpares, merece uma categoria de conflitos normativos própria, sendo possível concebível como conflitos em abstrato¹⁵⁵.

A linha de pensamento de Martínez Zorrilla mostra-se muito relevante, trazendo para a discussão desta temática argumentos de grande valia. Todavia, no nosso entender, esta teoria apresenta certos obstáculos que devem agora ser expostos.

Primeiramente, a premissa inicial de que as ações podem ser divididas em ações genéricas e ações individuais, parece-nos a mais correta para representar os direitos constitucionais. Como foi possível observar na tese de separação de Pedro Moniz Lopes, os princípios, como ações genéricas, apresentam inúmeras ações específicas, recorrendo à terminologia apresentada pelo autor português. Portanto, observa-se, neste ponto, uma certa concordância entre teorias. Porém, Martínez Zorrilla parece não dar a devida atenção às ações individuais, uma vez que na sua formulação, a obtenção destas ações aparentam ser de simples acesso. E aqui é que surge o primeiro obstáculo, uma vez que as ações individuais, ou específicas, não são tão acessíveis como possa aparentar.

Como foi possível apurar, no capítulo anterior, as ações específicas, presentes nas ações genéricas, são de uma dimensão considerável. Assim, uma ação genérica pode ser constituída por uma vastidão de ações específicas, que nem sempre são possíveis de determinar. Este facto, deve-se à genericidade presente no antecedente dos princípios. Deste modo, a apreensão de forma abstrata do conflito está dependente da possível determinação das ações específicas dos princípios. Portanto, como foi mencionado anteriormente, não é possível ter acesso e determinar todas ações incluídas dentro das ações genéricas. Devido à estrutura disjuntiva inclusiva dos princípios, que permite a presença de inúmeras ações específicas, não é possível catalogar de forma absoluta todas estas ações. Desta forma, a verificabilidade do conflito constitucional de forma abstrata está dependente da previsão de certas ações específicas, crescendo exponencialmente a dificuldade, uma vez que é

¹⁵⁵ MARTÍNEZ ZORRILLA, David. The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights. 2011 - Law and Philosophy 30 (6), pág. 739.

necessário apreender estas ações não apenas num direito fundamental, mas sim em dois.

Por outro lado, Martínez Zorrilla defende que os conflitos envolvendo normas constitucionais estão apenas dependentes de elementos lógicos, deixando de parte os elementos empíricos. Esta linha de raciocínio não nos parece que seja o mais acertado. Como foi mencionado anteriormente, não é possível catalogar todas as ações específicas presente nas ações genéricas dos direitos constitucionais. Assim, uma vez que não é impossível antecipar todas as ações específicas abrangidas pela ação genérica regulada por um princípio, é, portanto, necessário verificar o caso concreto e, conseqüentemente, os elementos empíricos. O autor espanhol utiliza como exemplo dois princípios, liberdade de expressão e direito à honra e bom nome, que apresentam características lógicas que se conectam, portanto é de fácil percepção que estes princípios irão entrar em conflito de forma abstrata, para além de serem dois dos princípios mais estudados pela literatura jurídica e analisados a nível jurisprudencial, levando a que as suas ações específicas estejam em grande medida determinadas.

Concluindo, Martínez Zorrilla desenvolve uma teoria com pontos fortes, porém esta não se mostra capaz de dar corresponder a todos os casos de conflitos constitucionais. Desta forma, teremos que concordar em parte com o autor espanhol, quando refere que é possível uma apreensão deste tipo de conflitos de forma abstrata, contudo esta apreensão encontra-se dependente das características próprias dos direitos fundamentais e da antecipação das ações específicas. Portanto, esta tese demonstra os conflitos entre direitos constitucionais podem ser conflitos em abstrato, porém grande parte dos mesmos apenas são apreendidos como conflitos de forma concreta.

Capítulo IV. Ponderação

4.1 Condições normativas da ponderação

A ponderação como método para resolver conflitos normativos está, intimamente, ligada com os conflitos entre princípios. Criou-se a ideia generalizada que a ponderação seria o método por excelência para resolver os

conflitos entre princípios, sendo afastada como método resolutivo de outros conflitos normativos. Contudo, esta ideia comum não corresponde, no nosso entender, à realidade normativa, sendo, portanto, necessário determinar as situações em situações que se mostre indispensável recorrer à ponderação para solucionar conflitos normativos.

Como já foi mencionado, de forma abreviada ao longo deste trabalho, partilhamos da opinião de que a ponderação não resolve apenas os conflitos entre princípios, servindo também como método de resolução de colisões entre regras. Porém, esta afirmação exposta apenas desta forma mostra-se vaga, sendo, então, necessário recorrer a critérios específicos para demonstrar a aplicabilidade da ponderação como método de resolução de conflitos entre regras.

No decorrer deste segmento, é fundamental recorrer a certas distinções e categorizações dos conflitos normativos, explanados anteriormente. Desta forma, recorreremos, primordialmente, aos conflitos entre princípios, conflito este que se apresenta como o mais comum aquando da utilização da ponderação. O conflito entre princípios é comumente categorizado como um conflito de âmbito parcial-parcial. Assim, enquanto que duas ações específicas se intersectam e acabam por colidir, as restantes ações específicas presentes na estrutura disjuntiva dos princípios são afastadas do conflito. Há, portanto, uma intersecção entre normas-princípio, apresentando uma parte em conflito, enquanto que a restante parte encontra-se em total harmonia com a outra norma conflituante. Como conflito parcial-parcial é de elevada relevância analisar se esta categoria de princípios necessita da utilização do método ponderativo para ser solucionada. Empregando, novamente, o exemplo dado na análise das antinomias parcial-parcial, onde uma norma prescreve a proibição de comer na biblioteca da faculdade, no período das 14 horas às 18 horas, enquanto que outra norma permite comer na biblioteca nos períodos de chuva, chegamos, facilmente, à conclusão que ocorreria um conflito nos períodos em que se observasse, cumulativamente, períodos de chuva no intervalo temporal das 14 horas às 18 horas. Estaríamos perante dois estatutos deonticos opostos, permissão e proibição, para a mesma ação. Através da observação das normas de conflito tipificados no ordenamento jurídico, é possível concluir que estes se mostram insuficientes para a resolução deste caso e, consequentemente, casos

idênticos a estes. Se, no sistema legal estivesse positivada uma norma com capacidade para resolver este conflito, ou seja, consoante os elementos em conflito e os elementos consistentes das normas em conflito, esta não seria uma norma de conflito, seria, então, uma solução específica para o conflito¹⁵⁶.

Para além do conflito parcial-parcial, também o conflito concreto necessita de uma ponderação para que este seja solucionado. Destarte, os conflitos normativos que apenas surgem da incompetência concreta das consequências legais, visto que as normas só se tornam incompatíveis devido a um facto que torna os efeitos legais, abstratamente consistentes, em incompatíveis, necessitando, deste modo, do método de ponderação. Mais uma vez, o sistema jurídico não apresenta uma norma de conflito capaz de ultrapassar as características diferenciadoras destes conflitos e resolver os mesmos.

Portanto, como foi possível verificar, não são apenas os conflitos entre princípios que necessitam da ponderação para solucionar os conflitos. Os conflitos entre princípios integram categorias de conflitos que também necessitam de ponderação. Assim, são as categorias de conflitos que integra os conflitos entre princípios que necessitam de um método de resolução de conflitos distinta das positivadas no sistema jurídico. As distinções de conflitos, parcial-parcial e conflitos em concreto também necessitam da aplicação do método de ponderação, em virtude de serem conflitos lógico e materiais, logo o recurso a uma norma de resolução de conflitos formal não se revelaria como suficiente para dar uma resposta coerente e consistente. Por outro lado, os conflitos em concreto, onde se enquadram os conflitos parcial-parcial e conflitos entre princípios, não apresentam também no ordenamento jurídico, norma de conflito capaz de solucionar este tipo de conflitos normativos, ocorrendo, novamente, uma lacuna enquanto a uma resolução tipificada.

Enquanto que os exemplos descritos supra, evidenciam uma margem positiva de ponderação, também é possível encontrar conflitos normativos sem uma norma de conflito aplicável que apresente uma margem negativa de ponderação¹⁵⁷. Assim, é nossa crença que a ponderação tem um âmbito de

¹⁵⁶ DUARTE, David, Normative Conditions of Balancing: Drawing up the Boundaries of Normative Conflicts That Lead to Balances. In Legal Reasoning: The Methods of Balancing. Ed. J. R. Sieckmann, pág. 58.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pág. 61.

aplicação vasto, chegando mesmo a ser o método de resolução de conflitos normativos abstratos e, tal como os anteriores tipos de conflitos, não tenha uma norma de conflito aplicável. Dentro destas circunstâncias é possível mencionar os conflitos de segundo grau. Este tipo de conflitos pode dividir-se em duas formas distintas: (i) nenhum dos critérios de resolução de conflitos seja aplicado à situação concreta; (ii) pode também ocorrer que sejam chamados a resolver o caso concreto vários critérios de resolução, dando lugar ao aparecimento de várias respostas para um mesmo caso. Para a circunstância em estudo, interessa-nos o último cenário exposto. Os conflitos de segundo grau são conflitos em abstrato, uma vez que as normas já estão em conflito de forma abstrata e não existe uma norma que dê resposta a esta afluência de critérios de resolução. Portanto, um conflito, por exemplo, entre uma norma superior e geral e uma norma especial e inferior dois resultados distintos são obtidos. Por um lado, tendo em consideração o critério hierárquico, a norma superior prevalece, todavia, por outro lado, segundo o critério da especialidade a norma especial prevalece. A resolução dada pela ponderação terá que ser entre as normas em conflito material, ou seja, a escolha passará pelas normas originais do conflito e não pelas normas de conflitos. Desta forma, a solução dada pela ponderação é referente à normas em conflito, não estabelecendo um critério de prevalência entre normas de conflito, sendo, então, necessário sempre que ocorra um conflito de segundo nível, proceder a uma nova ponderação sobre as normas em conflito originais.

4.2 Modelos de ponderação

A ponderação apresenta-se como o método mais eficaz para dar resposta a conflitos com características diferenciadoras, como foi analisado anteriormente. Porém, referenciar a ponderação como o melhor método acaba por tornar uma afirmação fraca e vaga, uma vez que na literatura jurídica, diferentes autores, foram elaborando os seus próprios métodos. Este segmento não tem como finalidade uma listagem finita e absoluta dos métodos elaborados. O objetivo passa, assim, por demonstrar que o próprio modelo de ponderação é um modelo dinâmico, que pode ser trabalhado através de diferentes pontos de vistas,

utilizando diferentes conceitos e variáveis. Portanto, a ponderação não nos leva apenas a uma possibilidade única.

Neste ponto, é de elevada relevância recorrer ao trabalho desenvolvido por Giorgio Maniaci, que distingue três teorias de ponderação: (i) ponderação *ad hoc*; (ii) ponderação categorial ou definitiva; (iii) ponderação razoavelmente definitivo em sentido débil¹⁵⁸. De forma sucinta, é importante levar a cabo uma exposição pelos três modelos elaborados pelo autor italiano. O primeiro modelo de ponderação estabelece uma hierarquia entre os elementos em conflito, tendo em consideração as circunstâncias concretas do caso. Assim, o método *ad hoc* não aspira a resolver todos os conflitos entre os dois princípios em confronto, visto que o seu objetivo é resolver apenas o conflito do caso concreto. O juiz deve, portanto, decidir o caso concreto segundo as circunstâncias concretas do próprio caso. Por outro lado, a ponderação efetuada através deste modelo acaba por não estar racionalmente justificada, uma vez que o aplicador não tem pretensão de identificar as propriedades relevantes que levam à precedência de um princípio perante o outro. Por fim, a ponderação *ad hoc* está intimamente ligada com a conceção particularista, visto que não tem intenção de dar uma resposta universal, isto é, não servirá de fundamento ou alicerce para um conflito normativo futuro que apresente as mesmas características¹⁵⁹.

O segundo modelo proposto por Maniaci pretende dar resposta a um conflito entre princípios fazendo referência a todas as circunstâncias nas quais um princípio prevalece sobre o outro¹⁶⁰. Ao contrário do modelo anterior, este método não se limitaria a identificar apenas as situações onde um princípio prevalece sobre outro consoante as características do caso concreto, mas teria como fim proceder a uma listagem exaustiva de todas as circunstâncias em que um princípio prevalece sobre outro, permitindo, desta forma, uma resposta automática e uniforme para os futuros casos onde estes elementos de colisão marcassem presença. Este modelo traz consigo uma ideia de universalidade, ou seja, a possibilidade de que a partir da resposta de um caso concreto seja possível retirar uma solução para os casos ulteriores.

¹⁵⁸ MANIACI, Giorgio, "Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy" *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº. 20, abril, 2004, pág. 158.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pág. 159.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pág. 163.

Por fim, a terceira categoria distinguida por Giorgio Maniaci, ponderação razoavelmente definitiva em sentido débil, refere-se à elaboração de uma regra ou um conjunto de regras que determina a preferência entre um elemento do conflito, porém esta hierarquia não oferece uma solução normativa para as situações futuras onde se integrem os elementos em colisão do primeiro conflito¹⁶¹.

Estes modelos elaborados pelo autor italiano demonstram que o método de ponderação não é algo simples e que apresenta diferentes caminhos que levam a diferentes soluções, consoante a escolha dos mesmos. Desta forma, um dos métodos que merece uma análise cuidada, por ser no nosso entender o método mais bem elaborado, é o método de ponderação de Robert Alexy.

4.2.1 Modelo de ponderação de Robert Alexy

Para o multicitado autor alemão quando ocorre um conflito entre normas-princípio a solução não se encontra nas comuns soluções de resolução de conflitos. Portanto, tendo em consideração as circunstâncias do caso concreto, estabelece uma relação de precedência entre os princípios¹⁶². Esta relação de precedência pode ser representada da seguinte forma:

P1 P P2

Nesta relação de precedência, P representa a relação de precedência entre princípios, enquanto que, por outro lado, P1 e P2 simbolizam os princípios em confronto. Logicamente, esta relação de precedência também pode ser inversa, ou seja, seria o princípio P2 a prevalecer perante o princípio P1:

P2 P P1

¹⁶¹ MANIACI, Giorgio, "Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy", *op. cit.*, pág. 164.

¹⁶² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 92.

Estas duas relações de precedência analisadas são relações de precedência condicionadas, ou “abstratas” e absolutas”. Contudo, Alexy também menciona a possibilidade de uma relação de precedência incondicionada, ou por outras palavras, concreta ou relativa. Esta precedência incondicionada acrescenta outro elemento à equação. Destarte, numa precedência incondicionada um princípio prevalece perante o outro em determinadas circunstâncias. Este novo elemento adicionado é representado por C, e podemos descrever esta precedência incondicionada da seguinte forma:

(P1 P P2) C

Assim, segundo as circunstâncias C, o princípio P1 prevalece sobre o princípio P2. Como descreve Robert Alexy, o princípio P1 tem, no caso concreto, um peso maior que o princípio oposto, P2, quando existem razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C estabelecidas no caso concreto¹⁶³.

4.3 Como ponderar?

Após uma curta passagem pelos pressupostos da ponderação é primordial, neste momento, demonstrar como é que o procedimento da ponderação é levado a cabo. Tal como o próprio conceito indica, ponderar nada mais é do que pesar duas opções opostas, tendo, desta forma, como objetivo a escolha de uma das opções possíveis, tendo em conta o peso dado a cada uma delas. Este método não é exclusivo da ciência jurídica sendo prática comum nos nossos dias. Quando perante duas situações, por exemplo, ir assistir a um jogo de futebol ou ir a uma festa de aniversário de um familiar, onde apenas nos é possível optar por uma, procederemos a uma ponderação, pesando qual das duas atividades nos trará mais benefícios ou satisfação. Por mais simples que esta curta explicação possa parecer, este processo de preferência entre duas possibilidades, neste caso de duas normas que se intercetam, é inevitável que a escolha se coadune com parâmetros de justiça e racionalidade, não permitindo

¹⁶³ ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 93.

que a decisão normativa seja arbitrária e, conseqüentemente, contrária às considerações gerais de justiça que devem estar sempre presentes num Estado de Direito. Fatores como racionalidade ou legitimidade da decisão normativa terão que estar obrigatoriamente presentes no mecanismo de ponderação. Assim, a melhor forma de contornar a problemática da racionalidade ou legitimidade, passa por uma elaboração estrutural da ponderação que consiga combater estas contrariedades que podem surgir numa ponderação. Embora a ponderação não esteja diretamente tipificada no nosso ordenamento jurídico, é, no nosso entender, a forma correta de solucionar certos tipos de conflitos que já foram abordados anteriormente.

A ponderação além de ter como principal função de dar uma resposta a um conflito entre princípios, e não só envolvendo essas normas, uma vez que também serve de mecanismo de solução para conflitos entre regras, apresente, por outro lado, um segundo papel de vital importância para um sistema normativo. Assim, a ponderação serve para suprimir uma lacuna dentro das normas de conflito, tal como evidenciado no segmento anterior. As normas de conflito usualmente tipificadas e usadas para dar resposta a conflitos normativos não se mostram capazes de solucionar conflitos de tipo parcial-parcial, uma vez que este tipo de conflitos normativos, onde enquadrados os conflitos em concreto de entre princípios, não têm capacidade para dar resposta a uma inconsistência lógica do sistema normativo. A este tipo de conflitos não é possível dar resposta através de normas de conflitos formais. Desta forma, a ponderação apresenta-se como uma resposta concreta a uma falha do sistema normativo e a uma lacuna as normas de conflito, permitindo, assim, assegurar a completude e consistência do sistema normativo.

A ponderação tem sido trabalhada de diferentes formas ao longo dos últimos tempos, sempre com objetivo de responder às críticas de escassez de racionalidade e, por outro lado, excesso de arbitrariedade dada ao julgador perante situações de conflitos de parcial-parcial, criando, assim, um leque de teoria e trabalhos de investigação nesta área de uma vastidão imensa. Tendo em conta esta extensão de caminhos possíveis dentro de apenas um método de resolução de conflitos normativos, a próxima secção terá o cuidado de expor as teorias normativas que, no nosso entender, se mostrem de maior relevo para o tema em estudo. Destarte, grande parte do nosso foco será direcionado para a

utilização do princípio da proporcionalidade como resposta a conflitos entre princípios, e consequentemente envolvendo direitos fundamentais.

4.3.1 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é considerado como a referência basilar para o controlo dos poderes públicos quando estes entram em rota de colisão com direitos fundamentais. Assim, este princípio apresenta-se como a última linha de defesa para os direitos fundamentais, para que estes não sejam desrespeitados pelos poderes estatais. É preciso assinalar que este princípio comporta consigo uma variabilidade semântica notável, tanto a nível doutrinário como a nível de jurisprudência constitucional, ocorrendo uma oscilação entre princípio da proporcionalidade, por um lado, e princípio da proibição de excesso, por outro. O princípio da proporcionalidade encontra guarida constitucional no n.º 2 do artigo 18º da constituição da República Portuguesa, embora não esteja tipificado de forma literal, é possível retirar este princípio do seguinte segmento «devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos». Embora este preceito seja comumente indicado como a consagração do princípio da proporcionalidade na constituição, este princípio encontra-se também expresso noutros preceitos. Desta forma, é possível retirar este princípio em preceitos constitucionais como os números 4 e 8 do artigo 19º, «devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensões e duração e aos meios utilizados ao estritamente necessário (...)» e «A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência confere às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas (...)», ou no n.º 4 do artigo 65º no excerto «procedem às expropriações dos solos que se revelem necessárias à satisfação de fins de utilidade pública urbanística», ou o artigo 266º, n.º 2 «Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade (...)», ou ainda o n.º 4 do artigo 282º «Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de exceção relevo (...) o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da

inconstitucionalidade ou ilegalidade (...)». A consagração do princípio da proporcionalidade através do preceito n.º 2 do artigo 18º da Constituição apenas obteve tipificação constitucional através da revisão constitucional de 1982, uma vez que anteriormente este mesmo preceito constitucional consagrava o seguinte: «A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previsto na Constituição». Porém, na versão original da Constituição já era possível verificar o acolhimento constitucional deste princípio no artigo 272º, referente à atuação policial, conforme é possível retirar do preceito n.º 2 do artigo 272º: «As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário».

Esta lacónica exposição de preceitos constitucionais é possível concluir que não encontramos uma homogeneidade de expressões que remetem para o princípio da proporcionalidade. As diferentes formulações utilizadas que são encaminhadas para o princípio da proporcionalidade, parecem apontar para dois caminhos distintos. O primeiro caminho aponta para uma utilização completa do princípio quando se observa a utilização integral do princípio, como são os preceitos do artigo 18º ou os n.º 4 e n.º 8 do artigo 19º. Por outro lado, a oscilação semântica deste princípio pode mostrar que o legislador aquando da elaboração do preceito pretendeu apenas incluir um dos desdobramentos do princípio da proporcionalidade, deixando de fora os restantes. Como aponta Vitalino Canas, a oscilação semântica apontada ao longo da Constituição, não deverá ser retirada qualquer ilação substantiva, uma vez que é demonstrada uma reduzida perícia na utilização do princípio¹⁶⁴, sendo que as primeiras referências constitucionais se remetem a expressões como necessário ou adequado e apenas com a revisão constitucional de 1982 é que se dá um passo firme e seguro com a redação do n.º 2 do artigo 18º para a tipificação e vigência do princípio da proporcionalidade.

Como foi referido supra, o princípio da proporcionalidade e os seus desdobramentos eram apontados como forma de controlo da atividade pública, não permitindo que direitos fundamentais sejam desrespeitados. Porém, esta função controladora e protetora do princípio acabou por ser alargada ao que

¹⁶⁴ CANAS, Vitalino, O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações, in Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976, org. Jorge Miranda, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pág. 356.

refere a divergências entre particulares. Assim, o princípio começou a ser visto e explorado como forma de contornar a inconsistência lógica presente no conflito entre princípios. A utilização do princípio como norma de conflito teve o seu aparecimento, primeiramente, na prática, sendo de salientar os critérios desenvolvidos pelo tribunal Constitucional alemão, sendo mais tarde aproveitado pelo doutrina para desenvolver uma teoria da ponderação. Neste âmbito teórico é inegável o contributo prestado por Robert Alexy que, no nosso entender, desenvolveu a teoria mais completa. Destarte, os próximos segmentos terão como finalidade a exposição da teoria alexiana, não desprezando o desdobramento do princípio da proporcionalidade.

Robert Alexy parte da sua conceção de princípios de conseqüentemente da sua necessidade de máxima realização possível para formular a sua teoria ponderativa. Assim, tendo em consideração os princípios como mandatos de otimização, Robert Alexy corresponde o princípio da proporcionalidade ao que o autor multicitado denomina de “lei da ponderação” que se pode formular da seguinte forma:

“Quanto maior for o grau de não satisfação ou restrição de um dos princípios, maior deverá ser o grau da importância da satisfação do outro.”¹⁶⁵

A ponderação corresponde, então, ao trajeto que é necessário proceder, passando por cada um dos subprincípios do princípio da proporcionalidade. Quanto a este aspeto, cada subprincípio funciona como uma condição necessária a ser ultrapassada, uma vez que basta a medida adotada não satisfazer um dos parâmetros impostos pelos desdobramentos da proporcionalidade que a ponderação se dá por terminada, sendo considerada injustificada ou ilegítima. Desta forma, o princípio da proporcionalidade decompõe os: (i) princípio da adequação ou idoneidade; (ii) princípio da necessidade e (iii) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Esta subdivisão do princípio da proporcionalidade observa-se uma coincidência tanto a nível doutrinal como também jurisprudencial quanto à estrutura interna deste princípio. A nível jurisprudencial há que evidenciar o

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. *Op.cit.*, pág. 161.

acórdão n.º 4/84 do Tribunal Constitucional como sendo o primeiro acórdão a aludir aos 3 subprincípios da proporcionalidade, indo ao encontro da ideia já bastante divulgada na tradição jurisprudencial alemã. No acórdão n.º. 4/84 podemos identificar passagens textuais que nos indicam a utilização e reconhecimento dos princípios em causa, como podemos ver nos seguintes exemplos:

(i) “devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

(ii) “procurando extrair os efeitos adequados a que uma visão macroscópica dos princípios e das suas normas.”

(iii) “A restrição do direito de acesso a cargos públicos (...) deve limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

(iv) “(...) afirmar ser injustificável e inteiramente desproporcionada aos interesses em causa (...) não existindo aliás, direito ou interesse constitucionalmente protegidos que imponha ou justifique, na situação concreta, tal inelegibilidade.”

(v) “O valor e desvalor resultantes da capacidade eleitoral passiva e da compreensão da democracia igualitária não são, no caso presente, harmonizados, por ausência manifesta de justificação, adequação e proporção constitucionalmente tuteladas.”

Todavia é possível retirar dos segmentos analisados supra os três subprincípios do princípio da proporcionalidade, podemos também constatar que esta menção ainda se encontrava numa fase bastante embrionária e com uma estrutura bastante abstrata e sem uma manifestação expressa e concreta dos subprincípios integrantes da proporcionalidade. Portanto, este acórdão serviu como base para as restantes decisões judiciais tendo como resultado a declaração de inconstitucionalidade com fundamento na violação do princípio da proporcionalidade, não sendo, então de estranhar uma fundamentação com base no desdobramento do princípio da proporcionalidade não tão bem articulada. Porém, a utilização dos três subprincípios como resolução de conflitos normativos na jurisprudência portuguesa apresenta uma certa homogeneidade de conceitos. Tanto é possível encontrar acórdãos que mencionam os princípios

da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, como é possível observar uma permuta de conceitos de necessidade por exigibilidade, ou do princípio da proporcionalidade em sentido estrito por justa medida ou razoabilidade e adequação por idoneidade. A variação semântica destes princípios não se esgota na jurisprudência, estando também presente na doutrina. Para clarificar o caminho a seguir, iremos optar daqui adiante pela utilização dos conceitos de princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que serão esmiuçados de forma breve, mostrando a sua importância e, conseqüentemente, a utilização no método ponderativo. De referir, antes de nos debruçarmos sobre estes subprincípios, que os dois primeiros princípios (adequação e necessidade) apenas são chamados ao método ponderativo quando estamos na presença da atuação dos poderes públicos. Em contrapartida, quando a situação em apreço é respeitante a conflito entre direitos de particulares os dois primeiros parâmetros ponderativos são superados, indo diretamente para o terceiro e último princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

4.3.1.1. Princípio da adequação

O princípio da adequação dispõe que a medida adotada à realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim pretendido¹⁶⁶. É possível, portanto, retirar deste princípio uma relação de medida-fim¹⁶⁷, onde a medida estará dependente do fim almejado. Desta forma, a medida terá que se dedicar ao objetivo estabelecido pela norma e não a outros fins estranhos a esta. Para que este princípio seja efetivado na sua completude é necessário que se recorra a apreciações empírico-analíticas e técnico-finalistas, apreciações estas inerentes à própria figura da norma¹⁶⁸. Portanto, para que a medida seja adequada, é indispensável que se analise em primeiro lugar a finalidade da

¹⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 1999, pág. 264.

¹⁶⁷ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, vol.. IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pág. 207.

¹⁶⁸ NEVES, António Castanheira, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pág. 36.

norma a ser aplicada e, consequentemente, do legislador, e, por outro lado, uma avaliação dos factos empíricos resultantes da aplicação da norma.

O subprincípio da adequação impõe que a interferência em direitos fundamentais terá que ser idónea, ou adequada, para fomentar a sua realização. Recorrendo à definição de Bernal Pulido, o princípio da adequação exige que toda a intervenção nos direitos fundamentais deva ser adequada para contribuir à obtenção de um fim constitucionalmente legítimo¹⁶⁹. Destarte, para este autor, a interferência em direitos fundamentais será adequada quando sejam cumpridos dois pressupostos: (i) que esteja perante um fim constitucionalmente legítimo e (ii) que a atuação seja adequada para realizar o fim. Se em relação ao segundo pressuposto não encontramos grandes barreiras à sua compreensão, uma vez que qualquer intervenção que não cumpra o fim pretendido é ilegítimo, já no que concerne ao primeiro pressuposto abordado pelo autor colaminado. A necessidade de intervenção num direito fundamental seja justificada através de um fim constitucionalmente legítimo prende-se em antemão com a própria garantia dos direitos fundamentais na Constituição. Desta forma, é prontamente justificável que, para ocorrer uma limitação legítima destes direitos, o fim a alcançar, também ele, esteja consagrado na Lei Fundamental. Deste pressuposto de legitimidade constitucional do fim a alcançar, podemos concluir que está automaticamente excluído qualquer fim que esteja proibido na Constituição. Por outro lado, quando a finalidade visada com a intervenção em direitos fundamentais não se encontra proibida expressa ou definitivamente na Constituição, deve considerar-se que o fim pretendido é legítimo¹⁷⁰. O pressuposto de legitimidade constitucional, em forma de conclusão, apresenta em si um propósito negativo, quando se verifica uma proibição constitucional referente ao final pretendido. Porém, já não se retira do pressuposto um propósito positivo, uma vez que, ao não existir a necessidade nem obrigatoriedade do objetivo a alcançar, este se encontre tipificado, servindo apenas o “silêncio normativo” da Constituição.

¹⁶⁹ BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidade como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislado, 4ª ed. Universidad Externato de Colombia, 2014, pág. 875.

¹⁷⁰ SANCHEZ GIL, Rubén, El principio de proporcionalidade, México D.F.. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, pág. 42.

Quanto ao segundo pressuposto do princípio da adequação e, como já foi exposto anteriormente, a pedra de toque deste refere-se à contribuição da medida legislativa para a realização do escopo definido. Contudo esta intervenção não se pode mostrar excessiva, a finalidade deste pressuposto será a de examinar se a medida adotada será adequada ao objetivo estabelecido e não procurar apontar qual a medida mais eficaz para prosseguir o fim proposto. Mais uma vez, estamos perante o respeito pela autonomia parlamentar e, consequentemente, pelo princípio democrático, não permitindo que o poder judiciário invada o plano legislativo. Assim, o princípio da adequação busca retirar deste ato e catalogar uma medida como ilegítima quando essa se mostre inútil na prossecução do fim pretendido, já que a lesão provocada ao direito fundamental será desnecessária. Do exposto, é possível afirmar que o subprincípio da adequação comporta em si um carácter negativo no exame de constitucionalidade da norma. Portanto, o critério da natureza negativa não tem como função fixar algo, mas sim excluir, e neste caso, excluir os meios que não se mostrem adequados em qualquer medida¹⁷¹.

Como foi exposto até agora, o princípio da adequação, embora tenha um papel fundamental na ponderação entre um direito fundamental e a atuação dos poderes públicos, mostra-se dispensável quando nos encontramos perante conflitos entre particulares. O primeiro pressuposto em análise, fim constitucionalmente legítimo, não nos parece útil para este tipo de conflito, visto que a própria legitimidade está evidente na satisfação de um dos direitos em colisão que em grande parte são direitos com consagração constitucional. Por outro lado, qualquer decisão tomada a favor de um dos direitos em confronto será adequada, uma vez que estamos perante a escolha de um direito com garantia constitucional, sendo, portanto, um fim legítimo a alcançar.

4.3.1.2 Princípio da necessidade

Após a medida ter passado pelo teste de adequação, o próximo componente da proporcionalidade a entrar na adequação ponderativa é o teste da necessidade. O princípio em análise acentua a ideia de que a medida que

¹⁷¹ ALEXY, Robert, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, in Revista Española de Derecho Constitucional, nº 66, 2002, pág. 28.

interfere com um direito fundamental deve ser a mais benéfica de todas as medidas possíveis que se mostrem idôneas para alcançar o objetivo proposto¹⁷². Na doutrina portuguesa, Gomes Canotilho evidencia que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível e como tal é necessário provar que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão¹⁷³. O teste da necessidade exige que a opção recaia sobre o meio menos restritivo para com o direito fundamental presente. Desta forma, é exigido ao poder estatal que previamente determine qual o objetivo a alcançar e que desenvolva como que um portfólio de medidas para atingir a finalidade proposta, prosseguindo, lentamente, passo a passo, por estas medidas até chegar ao ponto onde o objetivo é alcançado e a intervenção no direito fundamental é o de menor grau.

O teste da necessidade centra as suas atenções na ideia de que a escolha e, conseqüente utilização de uma norma, de um dos meios disponíveis para preencher essa norma, irá atingir o fim esperado, sem que seja possível encontrar outro meio que preencha a norma, cumprindo também o objetivo proposto, contudo a interferência no direito seja menor. Portanto, um meio que seja menos prejudicial para o direito em causa, mas que preencha de igual forma o propósito da norma, terá que ser este meio o designado. Por outro lado, também a escolha da lei para cumprir o escopo definido pode não ser a mais indicada, uma vez que poderá existir, hipoteticamente, uma lei que atinja o propósito com a mesma completude, interferindo num menor grau o direito fundamental. Do exposto, podemos concluir que o objetivo do teste da necessidade é o de analisar os meios escolhidos para atingir o fim, determinando se existe um meio hipotético que satisfaça na mesma medida o fim, só que interfira numa menor extensão o direito. Portanto, o que é averiguado é o meio e não o fim, não havendo espaço para questionar o porquê da escolha daquela finalidade, ou da necessidade de estabelecer aquele fim¹⁷⁴.

¹⁷² BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, *op. cit.*, págs. 932 e 933.

¹⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, 1999, pág. 264.

¹⁷⁴ BARAK, Aharon, Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pág. 320.

O teste da necessidade está intimamente ligado à ideia de eficiência, mais especificamente à ideia do Ótimo de Pareto¹⁷⁵. O conceito de Ótimo de Pareto é encontrado quando a distribuição tem a capacidade de satisfazer, pelo menos, mais uma pessoa sem que prejudique outra pessoa. Destarte, a existência de um meio que hipoteticamente se mostre idóneo para alcançar o fim definido, melhorando a posição de alguém sem que afete outra pessoa. O teste de necessidade não tem como função requerer a menor limitação constitucional do direito, posto que até uma limitação pequena pode ser severa para o direito em causa, mas requer a menor limitação necessária para satisfazer o intento a alcançar¹⁷⁶.

Em suma, o princípio da necessidade para ser chamado à ponderação necessita que sejam preenchidas certas condições:

(i) Primeiramente, é indispensável que se encontre alternativas ao meio utilizado para o fim fixado. Caso não exista uma alternativa à lei ou meio utilizado que consiga cumprir a finalidade com a mesma intensidade ou eficiência, conclui-se que o meio utilizado é necessário. Se a autoridade normativa com competência legislativa concebe uma regra que determina que, para controlar e extinguir uma doença transmissível através da obrigação de vacinação obrigatória e não sendo possível combater esta epidemia de outra forma menos lesiva, prevalecendo mesmo que se mostre que o meio se apresente agressivo para a população, a norma de saúde pública prevalece sobre a norma de integridade física, uma vez que respeita a condição de existência, neste caso, da não existência de alternativas.

(ii) Após ultrapassada a primeira condição do teste de necessidade, verificação de alternativas à medida escolhida para a prossecução do fim, é imperioso averiguar que nas alternativas exista alguma menos gravosa. Contudo, a comparação de alternativas não se mostra tarefa simples, uma vez que é possível comparar duas ou mais medidas em diferentes critérios. Segundo Aharon Barak, esta segunda condição pode ser determinada, entre outras, através do exame do âmbito da limitação, o seu efeito, a sua duração e a

¹⁷⁵ ALEXY, Robert, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, in Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 66, 2002, pág. 29; ou, por exemplo, BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, *op. cit.*, pág. 934.

¹⁷⁶ BARAK, Aharon, Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pág. 321.

probabilidade de ocorrência¹⁷⁷. Trazendo diferentes critérios comparativos para o teste da necessidade podemos concluir que ocorrerá situações onde o meio alternativo se mostre menos gravoso em todos os critérios fixados para a comparação. Nestes casos, é por demais evidente que o meio alternativo se apresente menos lesivo para o direito em causa. No entanto, em alternativa através da comparação de meios e dos diferentes critérios, o resultado já seja o oposto. Em situações onde encontramos diferentes resultados no processo comparativo de critérios, não se poderá considerar que o meio alternativo seja o menos gravoso para o direito fundamental interferido. O resultado, nestas circunstâncias, será o de considerar que a medida escolhida se apresente necessária, passado, deste modo, no teste de necessidade.

Retomando o exemplo utilizado supra, se a autoridade normativa com competência legislativa decide implementar como regra a vacinação obrigatória com a finalidade de combater uma epidemia. Tendo passado o primeiro pressuposto do teste da necessidade é agora tempo de examinar se as alternativas hipotéticas se mostram menos lesivas para a norma constitucional. Na análise das alternativas se se encontrar uma alternativa que se mostre menos lesiva para a norma da integridade física e que, por outro lado, seja mais eficaz no combate da epidemia, não se mostrando tão agressiva para a população, porém o período temporal para a extinção da epidemia seja superior, deve-se considerar o meio inicialmente escolhido como um meio necessário. Assim, a norma de saúde pública prevalece sobre a norma da integridade física. Através da utilização destes critérios comparativos, podemos concluir que, para além da medida hipotética alternativa ter que ser menos gravosa, ela também terá que seria idónea, ou adequada, a cumprir o objetivo proposto.

O teste de necessidade poderá o único dos dois desdobramentos do princípio da proporcionalidade, que anteriormente foram mencionados como elementos que só aparecem quando envolvidos numa atuação do poder público sobre um direito fundamental, que terá uma margem de atuação em conflitos entre interesses particulares. Destarte, podemos verificar a aplicação do princípio da necessidade no conflito entre direito constitucional de particulares retomando o exemplo tradicional do conflito entre a norma do direito ao bom

¹⁷⁷ *Ibidem*, pág. 326.

nome e a norma de liberdade de expressão, ou liberdade de imprensa. Um jornalista atuando em conformidade com a sua profissão, a quando da elaboração de uma peça jornalística utiliza expressões de teor mais agressivo e duro sobre uma personalidade de interesse público, está a instanciar a previsão do princípio da liberdade de imprensa ou até da liberdade de expressão. Porém, automaticamente, também a norma de direito a bom nome é instanciada, dando início ao conflito normativo. O teste da necessidade pode ser usado em situações como a descrita, uma vez que facilmente chegamos a uma alternativa hipotética mais suave e menos lesiva para o bom nome de um terceiro. Porém esta alternativa menos lesiva só poderá levar a uma resolução do conflito em situações extremas, ou seja, quando se verifica a utilização de expressões insultuosas, no nosso entender. Defendemos esta circunstância, uma vez que a aplicação de termos mais duros e geralmente mais chamativos, é prática comum no jornalismo, com a pretensão de atingir e transmitir aos seus leitores uma mensagem forte. A utilização de expressões como corrupto ou ladrão, normalmente aplicada a detentores de cargos públicos, investigados por corrupção, são desprestigiante e ofensivos para estes, contudo estão associados a um tipo de jornalismo a que o público já está habituado, tendo mesmo aceitação jurisprudencial a escrita mais dura e, até, sarcástica de certos meios de divulgação de informação, incorrendo mesmo numa limitação exagerada do princípio da liberdade de imprensa.

4.3.1.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

A atuação por parte do poder público, após ser considerada legítima consoante os desdobramentos, da necessidade e da adequação, do princípio da proporcionalidade, é impreterível fazer ainda passar pelo último subprincípio/teste da proporcionalidade. O terceiro princípio da proporcionalidade é o último teste a ser ultrapassado para que a restrição ou interferência, por parte dos poderes públicos, sobre a norma de direito fundamental seja considerada legítima. Desta forma, do princípio da proporcionalidade em sentido estrito é exigido que se obtenha um resultado proporcional quanto aos fatores de benefício e custo, conceitos utilizados de forma geral e não económicos. Este teste requer que haja uma ponderação entre

os ganhos retirados da criação de uma norma por parte da autoridade normativa com competência legislativa, os custos que esta mesma norma criada irá ter perante uma norma de direitos fundamentais. Portanto, é possível concluir que este subprincípio se apresente como a última linha de defesa da atuação do legislador, para os direitos fundamentais. Assim, e retomando, novamente, o exemplo utilizado até então, se perante uma situação de epidemia à escala nacional, a autoridade normativa com competência legislativa crie uma norma que obrigue à vacinação obrigatória, uma vez que a epidemia em causa se mostre agressiva e de difícil controlo, há, portanto, uma prevalência do princípio da saúde pública sobre a norma de integridade física. O princípio da saúde pública sobre a norma de integridade física. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito procura um equilíbrio entre a atuação do poder público e a limitação dos direitos fundamentais. No exemplo utilizado supra, foi possível verificar que ao comportamento da autoridade normativa com competência legislativa se mostrava proporcional ao problema entre mão. Havendo, assim, um equilíbrio entre os benefícios a retirar da aplicação da norma de obrigação de vacinação e os custos que esta norma teria sobre a norma de integridade física, sendo que a regra terá que ser considerada conforme a Lei Fundamental e a norma de direito fundamental perderá a sua validade para o caso concreto. Sob outro prisma, se a epidemia em questão não se mostrar com uma gravidade tão acentuada, a norma da integridade física terá que prevalecer sobre a norma de saúde pública, sendo a última considerada inconstitucional.

O teste do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou do equilíbrio, embora seja um subprincípio da proporcionalidade tem funções distintas dos restantes desdobramentos. Ao invés de examinar o limite da lei e o meio utilizado para o alcançar, tem como função analisar o limite do propósito da lei e o direito constitucional. Ao contrário do teste da necessidade, que exclui limitações ineficientes para o direito ameaçado, o teste de equilíbrio indaga se a combinação de certos níveis de gozo do direito é aceitável combinada com a realização de outros interesses¹⁷⁸.

O teste de equilíbrio, ou princípio da proporcionalidade em sentido estrito, é apontado como uma refração da lei da ponderação. Como já foi mencionado

¹⁷⁸ RIVERS, Julian, "Proportionality and Variable Intensity of Review," 65 Cambridge L. J. 174, 200 (2006).

anteriormente, a lei da ponderação estabelece que quanto maior for o grau de afetação da norma preterida, maior terá que ser o grau de satisfação da norma prevalente. Como podemos observar, a lei de ponderação vai de encontro à breve exposição empreendida neste segmento, posto que há uma procura de equilíbrio entre a afetação de um direito em detrimento da satisfação de outro. Da lei da ponderação é, então, possível retirar a ideia de custo e benefício, já explorada *supra*. Assim, e segundo daqui adiante a formulação desenvolvida por Robert Alexy, a lei da ponderação é constituída por três etapas distintas¹⁷⁹:

- (i) Definir o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios;
- (ii) Definir a importância da satisfação do princípio que joga ao contrário;
- (iii) Definir a importância de satisfação do princípio contrário justifica a afetação ou não satisfação do outro princípio;

Neste sentido, também Carlos Bernal Pulido estrutura o princípio da proporcionalidade em sentido estrito em três etapas: (i) Determinar as magnitudes que devem ser ponderadas, ou seja definir a importância da intervenção no direito fundamental e a importância de realização do fim perseguido pela intervenção legislativa; (ii) Comparar as magnitudes a fim de determinar a importância da realização do fim perseguido pela importância da intervenção no direito fundamental; (iii) Construir uma relação de precedência condicionada entre o direito fundamental e o fim legislativo, com base no resultado da comparação levada a cabo na segunda etapa¹⁸⁰.

Para Robert Alexy, a primeira etapa da lei da ponderação, determina o grau de satisfação ou de lesão dos elementos de colisão, deve ser alcançada através do auxílio de uma escalar tripartida que distingue três graus: leve, médio e grave¹⁸¹. Deste modo, recuperando o exemplo usado ao longo deste segmento, se perante uma situação de gripe generalizada pelo país, a autoridade normativa com competência legislativa decide implementar a regra de obrigação de vacinação para toda a população, a afetação da norma de integridade física é facilmente conduzida a um grau grave de afetação na escala

¹⁷⁹ ALEXY, Robert, "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", in Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 66, 2002, pág. 32.

¹⁸⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. *op. cit.*, págs. 963 e 964.

¹⁸¹ ALEXY, Robert, "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", in Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 66, 2002, pág. 38.

tripartida. Contudo, no caso em estudo, se alguém catalogar a lesão com leve, seria prontamente posto em causa tal seleção de grau de não afetação. Por outro lado, a terminologia de grave é substituída por intensa ou forte, quando estamos perante a segunda etapa da lei da ponderação, ou seja, a satisfação de um bem e não a sua lesão. A classificação de uma interferência ou satisfação sobre um direito tem que ser analisado de forma concreta, e não usando o seu peso abstrato.

Chegado a este ponto da exposição da primeira magnitude do princípio da proporcionalidade em sentido estrito é indispensável observar os resultados possíveis através da classificação dos graus da escala triádica. Primeiramente, e como já foi mencionado, os graus de satisfação ou afetação de um princípio, leve, médio ou grave, serão simbolizados por l, m e g, respetivamente. Por outro lado, quando estamos perante a lesão de um princípio é simbolizado com a variável «Pi». Quando estamos a analisar a intensidade da intervenção em Pi é utilizado a variável «I». Assim, a intensidade da intervenção na afetação de um princípio é descrita como «IPi». Reforçando a ideia de que esta classificação e, conseqüente, ponderação entre graus de afetação é apenas possível em concreto. Para tal, é ainda utilizada a variável «C», que expressa as circunstâncias relevantes para a decisão do caso. Desta forma, a expressão correspondente à intensidade de interferência no princípio Pi, tendo em conta as circunstâncias relevantes C, é simbolizada pela fórmula $IPiC$.

Após a análise do grau de não satisfação, ou de afetação de um dos princípios, é tempo de passar para a segunda fase da lei da ponderação, ou seja, definir a importância da satisfação do outro princípio em conflito. Desta forma, o segundo passo é muito idêntico ao primeiro já analisado e, como tal, iremos abreviar a exposição para que esta secção não se torne demasiado repetitiva.

A grande diferença apontada pelo multicitado autor alemão, em colação com a primeira magnitude, reside na possibilidade de construir um conceito de importância que se encontre tanto de forma concreta como abstrata. Destarte, em abstrato, é possível atribuir um valor diferente aquando da colisão de dois direitos. O peso abstrato atribuído à norma da vida humana será superior em comparação de magnitude de importância da norma da liberdade, por exemplo. Por outro lado, haverá situações em que, aquando do conflito entre dois princípios, só será exequível determinar o peso analisando o caso concreto e

tendo acesso às circunstâncias empíricas da situação. Este será o procedimento em situações de conflito entre princípio da liberdade de expressão e o direito ao bom nome, recuperando o exemplo habitual. Deste modo, o grau ou magnitude, da satisfação é simbolizado por «W», enquanto que o outro princípio em conflito por «Pj», e «C» continua a representar as circunstâncias relevantes do caso concreto. Resumindo, a intensidade de satisfação do princípio Pj, tendo em conta as circunstâncias relevantes C, é simbolizada por «WPjC». O peso concreto de Pj é determinado através das consequências que a sua execução e não execução têm para o princípio implicado¹⁸². Deste modo, iremos recorrer a um caso concreto para demonstrar a determinação do peso concreto. O acórdão de 10 de julho de 2008, do Supremo Tribunal de Justiça, servirá, neste caso, para fazer uma ponte de ligação entre a doutrina e a jurisprudência. Esta decisão proferida neste acórdão, versa sobre o conflito normativo entre o princípio de liberdade de expressão e o direito ao bom nome e reputação. Assim, num jornal foi publicado um artigo onde era descrito uma série de anomalias no funcionamento de uma creche, tendo sido ainda publicado outros artigos versando sobre a mesma creche e sobre supostos problemas de funcionamento. Porém, o cerne da questão estava presente não no corpo dos artigos informativos, mas, sim, nos títulos da peça, uma vez que se mostravam demasiados agressivos e negativos, distanciando-se do verdadeiro conteúdo notícia. Devido a esta autonomia dos títulos em relação ao conteúdo, foi entendido pelo Supremo Tribunal de Justiça que estava presente uma ilicitude e que os títulos eram desproporcionais, ultrapassando os limites do exercício de liberdade de imprensa e dever de informação, dos artigos 37º e 38º da Constituição da República Portuguesa. Destarte, é necessário questionar em que sentido a proibição da utilização daqueles títulos, podendo destacar o seguinte: “Creche de Terror”, interfere no princípio da liberdade de imprensa e dever de informação. Visto que foi declarada a ilicitude, e seguindo um raciocínio próprio, a interferência pode ser qualificada de leve, já que, embora o título seja parte fundamental da notícia, o princípio continua a ser respeitado com o corpo da notícia, daí a interferência não ser classificada com maior magnitude.

¹⁸² *Ibidem*, págs. 38 e 39.

Por outro lado, para determinar o grau de importância para o princípio em conflito, neste caso a norma de direito ao bom nome e reputação, é necessário indagar de que forma a permissão de utilização de títulos negativos e desproporcionais com o conteúdo do artigo, que consequências teria para o princípio em causa. Deste modo, a importância do princípio de proteção ao bom nome e reputação é calculada através da intensidade de interferência neste direito caso não se levasse a cabo uma intervenção do princípio de liberdade de imprensa. Tendo em conta que os títulos foram declarados como extremamente negativos e prejudiciais para o bom nome da creche, levando mesmo pais a retirar os seus filhos do local, teríamos que catalogar a intervenção como grave. Robert Alexy conclui este segmento com a seguinte fórmula: a importância concreta de P_j mede-se segundo o grau de intensidade na intervenção de P_j que não a intervenção em P_i produza¹⁸³.

Executados os dois primeiros passos referentes à lei da ponderação é agora tempo de passarmos para o exame da terceira etapa. Este passo ponderativo analisa os valores atribuídos a $IPiC$ e a $WPjC$, definido das etapas anteriores, comparando-os e declarando a precedência de um princípio sobre o outro. Desta forma, é possível deparar com três situações distintas:

(i) Casos em que a P_i adquire precedência sobre P_j :

1. $IPiC: g / WPjC: l$;
2. $IPiC: g / WPjC: m$;
3. $IPiC: m / Wpjc: l$;

(ii) Casos em que P_j adquire precedência sobre P_i :

1. $IPiC: l / WPjC: g$
2. $IPiC: m / WPjC: g$
3. $IPiC: l / WPjC: m$

(iii) Casos de empate entre P_j e P_i :

1. $IPiC: l / WPjC: l$
2. $IPiC: m / WPjC: m$

¹⁸³ *Ibidem*, pág. 39.

3. IPIc: g / WPjC: g

Os casos observados no ponto (iii) mostram o problema que esta lei da ponderação pode trazer para o poder judicial. Em caso de empate, ambas as normas se encontram válidas para o caso concreto, deixando o julgador com uma decisão difícil entre mãos. Neste ponto, a decisão teria que ser levada a cabo pela discricionariedade do julgador, uma vez que as duas normas estariam justificadas através das circunstâncias do caso concreto. Porém, embora esta situação não seja a ideal para a solução de um conflito normativo, acreditamos que mesmo dentro da escala triádica e, conseqüentemente, dentro de cada grau, é possível encontrar diferentes camadas¹⁸⁴. Se para um caso concreto a indicação que a afetação de um princípio se encontra no nível g, por exemplo, haverá situações em que esta simples indicação não se mostrará suficiente. Assim, terá que exigir uma investigação e exame ao grau determinado e, conseqüente, circunstâncias relevantes mais aprimoradas, abrindo caminho para uma gradação dentro do próprio grau definido inicialmente. Reconhecemos, porém, que este não será o trajeto ideal, contudo esta conjuntura levará a que a fundamentação da decisão seja fulcral para assimilar e compreender as razões que levaram o julgador a optar por uma norma em detrimento da outra. Esta decisão, que será, esta sim, considerada um hard case, servirá também como caminho a percorrer para casos posteriores onde o empate seja o resultado alcançado, acreditando que a decisão tomada seja a mais justa e correta possível.

Com o intuito de clarificar o método ponderativo, Alexy desenvolveu um instrumento denominado fórmula de peso. Esta fórmula tem sido entendida como uma fórmula matemática que, através da atribuição de valores, permite alcançar o resultado da ponderação. Todavia, esta fórmula tem como função ser um instrumento que permite apreender as variantes ou aspetos utilizados para a resolução do conflito normativo em mãos. Assim, não se deve tomar esta fórmula como o método absoluto para a obtenção de uma resposta, servindo mais como uma indicação das variáveis que podem auxiliar a resolver o conflito. Robert

¹⁸⁴ Esta ideia ter concretização na criação de uma escala com nove etapas. Assim sendo: (1) II, (2) Im, (3) Is, (4) ml, (5) mm, (6) ms, (7) sl, (8) sm, (9) ss. In: ALEXY, Robert, "On balancing and Subsumption. A Structural Comparison", en Ratio Iuris vol. 16, nº 4, pág. 445.

Alexy começou, primeiramente, por elaborar uma fórmula de peso¹⁸⁵ que mais tarde foi alterada, introduzindo elementos adicionais. Será sobre esta segunda versão da fórmula de peso que a nossa atenção recairá. Contudo, é de interesse analisar de forma lacônica a primeira versão da fórmula de peso:

$$GP_{i,jC} = \frac{IP_{iC}}{WP_{jC}}$$

Nesta fórmula do peso, G representa o peso concreto do princípio Pi em relação a Pj, dependendo das circunstâncias do caso C.

A fórmula de peso exige que seja atribuída um valor aos três níveis do modelo triádico. O valor atribuído consiste numa sequência geométrica: 2^0 , 2^1 e 2^2 , ou seja, 1, 2 e 4. Portanto, I teria o valor de 1, m o valor de 2 e, por fim, g o valor de 4¹⁸⁶. Recuperando os casos anteriores, onde um princípio tem precedência sobre outro ou em casos de empate, é importante referir que Pi tem precedência sobre Pj, quando o valor é superior a 1. Assim:

1. $g, I = 4/1 = 4$
2. $g, m = 4/2 = 2$
3. $m, I = 2/1 = 2$

Por outro lado, Pj prevalece sobre Pi, quando o valor é inferior a 1:

1. $I, g = 1/4 = \frac{1}{4}$
2. $m, g = 2/4 = \frac{2}{4}$
3. $I, m = 1/2 = \frac{1}{2}$

E por fim, encontramos uma situação de empate quando o valor é 1:

1. $I, I = 1/1 = 1$
2. $m, m = 2/2 = 1$
3. $g, g = 4/4 = 1$

¹⁸⁵ ALEXY, Robert, "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", in Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 66, 2002, pág. 41.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert, "On balancing and Subsumption. A Structural Comparison", en Ratio Iuris vol. 16, n.º 4, pág. 444.

Estes três níveis, 1 (20), 2 (21) e 4 (22), servem para avaliar cada uma das variáveis da fórmula de peso. Desta forma, a fórmula tem 3 variáveis distintas: (i) intensidade de interferência (*intensity of interference*) - *I*; (ii) o peso abstrato das normas (*abstract weight*) - *W*; (iii) fiabilidade das assunções empíricas (*reliability of empiric assumption*) - *R*.

A intensidade da interferência, como já aqui foi referido neste mesmo segmento, é a variável que tem como funcionalidade avaliar o grau de afetação de uma norma sobre a outra, ou, por outro lado, o grau de insatisfação de uma norma em caso de prevalência da outra. Já a variável do peso abstrato, tal como o designativo ilustra, tem como função determinar o valor da norma numa perspetiva exterior ao conflito. Deste modo, o que interessa avaliar, neste caso, é a importância da norma numa ótica social. Esta variável descrita desta forma apresenta limitações difíceis de ultrapassar, uma vez que esta variável exige uma hierarquização das normas, tendo como parâmetro de valorização considerações sociais ou morais, desviando-se do fundamento normativo. Destarte, será mais correto apresentar a segunda variável como o peso abstrato relacional. Esta nova formulação da segunda variável da fórmula de peso examina as normas de forma abstrata, mas no contexto do conflito. Ao invés de determinar o peso da norma de liberdade de expressão no panorama social, opta por fazê-lo relacionando com outra norma. Por exemplo, podemos considerar que o peso abstrato relacional da norma de liberdade de expressão é baixo comparativamente com a norma da dignidade da vida humana. Por fim, a fiabilidade das assunções empíricas prende-se com a valoração dos factos presentes na ponderação. Segundo esta última variável é necessário verificar se os aspetos empíricos são consistentes e se apresentam um grau de certeza. No conflito entre a norma de liberdade de imprensa e a norma de direito ao bom nome e reputação, visto anteriormente, deve-se verificar se os factos descritos são verdadeiros, se a linguagem utilizada permite passar a informação correta, entre outros. Estas premissas podem ser descritas como certas, bastante plausíveis ou incertas.

A variável de fiabilidade das assunções empíricas é valorada de forma diferente quando comparada com as outras duas variáveis, uma vez que o poder de ataque, bem como de defesa diminui com o aumento da incerteza das

premissas¹⁸⁷. Assim, a fiabilidade da assunção certa tem o valor de 2(0) (1), a bastante plausível, o valor 2(-1) (½) e, por fim, a incerta tem o valor de 2(-2) (¼).

Estas três variáveis permitem-nos, por fim, alcançar a fórmula de peso completa:

$$Wi,j \frac{Ii.Wi.Ri}{Ij.Wj.Rj}$$

Após a valoração de cada variável é necessário proceder à resolução da fórmula de peso. Caso o resultado obtido seja superior a 1, Pi prevalece sobre Pj, por outro lado, se o resultado for inferior a 1 é a norma Pj que prevalece. O mesmo será dizer que, quando o dividendo é superior ao divisor é Pi que prevalece sobre Pj.

Esta fórmula embora se mostre complexa, exigindo uma análise das variantes de diferentes ordens e, conseqüentemente, a valoração das mesmas através da escala triádica, mostra que é possível ultrapassar os problemas de discricionariedade e irracionalidade da ponderação. Esta forma de resolver um conflito normativo trazido por uma falha lógica do sistema normativo apresenta-se como um instrumento que permite racionalizar certas operações intelectuais que a ponderação exige. É importante referir que, embora esta fórmula matemática de obtenção de um resultado perante um conflito normativo, tem sido utilizada nos tribunais portugueses com forma de resolver conflitos normativos. Primeiramente, iremos debruçar sobre o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, com a data de 31 de janeiro de 2018, e o n.º de processo 353/17. Neste processo o Juiz Desembargador Paulo Pereira Gouveia utiliza as variantes presentes na fórmula de peso para resolver um conflito normativo, contextualizando a situação, o Requerente, filho de um paciente que se encontrava internado com diagnóstico de traumatismo crânio-encefálico grave num estabelecimento hospitalar, solicitou junto da Diretora da Clínica que lhe fossem enviados os registos médico e de enfermagem, data e hora de registo do médico que intervencionou o paciente e respetivas fotografias. Por outro lado, a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos através do Parecer n.º 23/2017 concluiu que «(...) deve a entidade requerida facultar o acesso aos documentos estritamente necessários à realização do interesse direto, pessoal,

¹⁸⁷ *Ibidem*, pág.447.

legítimo e constitucionalmente protegido, com intermediação médica.». Contudo, a Entidade Requerida contrapôs considerando que a decisão encontrava-se irremediavelmente viciada por deficiências graves de fundamentação, visto que o parecer não faz nenhuma menção à legitimidade e natureza do interesse concreto no acesso à documentação, requisito indispensável para a aplicação do n.º4 do artigo 7º da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, e, como tal, não prevalece sobre a legislação específica respeitante aos dados de saúde, tendo em consideração o dever legal e deontológico, de protegerem a confidencialidade dos dados de saúde dos utentes e de impedir o acesso indevido de terceiros a essa informação, em conformidade com o disposto no Regime de Informação de Saúde, previsto na Lei n.º 12/25, de 26 de janeiro. Da Lei nº26/2016 podemos retirar que um terceiro só tem direito de acesso a documentos nominativos quando estiver munido de autorização escrita do titular os dados que seja explícita e específica quanto à sua finalidade e quanto ao tipo de dados a que quer aceder, artigo 6º, n.º 5 alínea a). Circunstância, esta, não verificada, e que só sendo demonstrada fundamentalmente ser titular de um interesse direto, pessoal, legítimo e constitucionalmente protegido suficientemente relevante e após ponderação no quadro do princípio da proporcionalidade de todos os direitos fundamentais presentes e do princípio da administração aberta (artigo 6º n.º 5 alínea b)). Desta forma, estamos perante elementos de saúde e do sigiloso clínico do pai do requerente, bem como o segredo médico. A informação pretendida pelo requerente sobre o seu progenitor destina-se a poder ajuizar sobre eventuais responsabilidades civil, disciplinar ou criminal. E é a partir deste ponto que o Juiz Desembargador Paulo Pereira Gouveia utiliza variáveis da fórmula de peso. Portanto, o direito/dever do requerente de denunciar crimes públicos e ilícitos disciplinares, a favor do seu progenitor, foi valorado como um interesse com um peso e afetação elevado, tendo mesmo acrescentado que representa um valor 4 na fórmula de Robert Alexy. Já o direito de intentar ações de responsabilidade civil pelo ocorrido com o seu pai, avaliou o interesse e afetação com o peso médio ou moderado (valor 2). Ainda um interesse direto, pessoal, legítimo e constitucionalmente protegido, previsto nos artigos 22º e 268º n.º 2 e n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, que tem um peso de afetação leve, ou seja, valor 1. Como visto, e

tendo em conta as circunstâncias relevantes do caso concreto e afetação do artigo 26º, n.º 1 da Constituição é baixa.

Por fim, mencionar ainda o acórdão, também do Tribunal Central Administrativo Sul, datado de 18 de novembro de 2010, com o processo 06659/10, sendo, neste caso, o relator o Juiz Desembargador Paulo Carvalho. Neste caso, que não iremos entrar em grandes pormenores, com a finalidade de não tornar este segmento extremamente longo, é de evidenciar que, para a decisão levada a cabo, foram utilizados pelo julgador as três variantes analisadas na fórmula de peso, citando o acórdão: “a) intensidade de interferência com o princípio oposto; b) o peso do direito em causa; c) a fiabilidade dos pressupostos assumidos”. Neste acórdão temos em conflito entre, por um lado, a norma de respeito pelos prazos para apresentar propostas e, por outro, a norma do justo impedimento.

Depois da enumeração das variantes da fórmula peso consideradas para a resolução do conflito, passa para uma avaliação recorrendo à escala tripartida, classificando as variantes com o valor de fraco, moderado e forte. Terminando por mencionar que «(...) este método destina-se apenas a demonstrar a racionalização da ponderação, não é uma fórmula cega para obter resultados. Trata-se de uma matéria em evolução na ciência jurídica, sendo inevitável que vá sofrer alterações».

Com estes dois exemplos judiciais expostos, podemos, através de cada um deles, retirar o que de melhor a fórmula de peso tem. Por um lado, a fórmula de peso pode servir como resposta para um conflito normativo, não apenas entre princípios, utilizando as três variáveis integrantes da mesma e a valoração através da escala tripartida, demonstrando que a ponderação é um método racional, maximizando até a racionalidade e permitindo examinar a valoração do julgador, contribuindo para um fortalecimento da certeza e segurança jurídica. Por outro lado, através do primeiro acórdão analisado ficou demonstrado que a fórmula de peso não é um trajeto rígido ou inflexível, uma vez que é possível usar apenas uma variável da fórmula e, mesmo assim, obter um resultado racional e bem fundamentado. Destarte, o objetivo primordial de Robert Alexy continua a ser cumprindo, demonstrar a possibilidade de racionalizar a ponderação. O mais importante a retirar desta fórmula é que a pedra de toque, neste contexto, é como utilizar a fórmula de peso. Haverá situações em que pela

complexidade do caso concreto entre mãos e das normas em interseção, será necessário utilizar a fórmula completa, ou seja, as suas três variáveis. Porém, por outro lado, estaremos perante casos onde a utilização das variáveis será dispensada. Portanto, a ultra racionalização da fórmula de peso estará dependente do caso concreto e, principalmente, da capacidade do julgador manusear e moldar a fórmula às circunstâncias e necessidades do caso.

4.4 Princípio da proporcionalidade como norma de conflito

Após a exploração do princípio da proporcionalidade, dos seus subprincípios e, conseqüentemente, da ponderação, é indispensável analisar o porquê deste princípio ter a função de resolver conflitos entre normas. Primeiramente, o aspeto literal da própria norma, «(...) as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos», mostra-nos que esta norma constitucional deve ser encarada como uma norma própria a resolver restrições e conseqüentemente conflitos. Como já foi mencionado no segmento anterior, o princípio da proporcionalidade permite examinar a legitimidade da prevalência de uma norma sobre a outra, exigindo que a interferência na norma oposta seja adequada, necessária e equilibrada. Porém, o aspeto que nos parece mais relevante para justificar esta norma como uma norma de resolução de conflitos prende-se com a sua própria estrutura, como foi possível verificar, na exposição anterior, o princípio da proporcionalidade está intimamente ligado com a ideia da relação meio-fim. O princípio da proporcionalidade procura examinar se o meio é legítimo para a concretização do fim proposto. Assim, da forma, breve, podemos constatar que o princípio da adequação e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito têm como função analisar a necessidade relacionam o fim com hipotéticos meios alternativos. É possível concluir que o princípio da proporcionalidade tem como função examinar a relação entre meio e o fim, assim, sempre que estivermos perante uma situação em que seja necessário averiguar a legitimidade de um meio para um fim estipulado e instanciado a previsão do princípio da proporcionalidade.

Esta relação de meio-fim, relacionado com a estrutura do princípio da proporcionalidade, encontra também presença na Jurisprudência Constitucional

portuguesa. Nesta situação, podemos mencionar como forma de exemplo o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 594/03, onde transcrevemos o seguinte:

«A ideia geral unificadora do princípio da proporcionalidade é a de que o meio utilizado para atingir certo objectivo deve estar numa determinada relação com esse objectivo. A avaliação a que há que proceder para aferir da proporcionalidade incide sobre um meio, que é dirigido a um certo fim, e implica a apreciação da respectiva idoneidade, necessidade e racionalidade à prossecução do fim em vista.»

Até este ponto nada do que foi exposto se apresenta como novidade para o decorrer deste trabalho, porém é agora imperioso descortinar em que moldes é que a previsão do princípio da proporcionalidade é instanciada, levando a que este funcione como uma verdadeira norma de conflito. Desta forma, analisando um conflito normativo, é possível concluir que uma norma sairá derrotada, enquanto que outra prevalecerá para regular o caso. Podemos então verificar que há aqui nesta derrota e prevalência das normas uma relação meio-fim, ou seja, a derrota de uma norma é o meio para atingir a aplicação de uma outra norma, sendo este o fim do conflito e, principalmente, da sua resolução. Quando presenciamos um conflito normativo onde uma norma hierarquicamente inferior contraria uma norma hierarquicamente superior, é de imediato indicado o critério da hierarquia, representado no brocardo «lex superior derogat legi inferior», como forma de resolver este conflito. Contudo, na presença de um conflito entre normas que se intersectam, deparamo-nos com um vazio normativo. Assim, não existindo uma norma de conflitos tipificada de forma literal para este tipo de conflitos, partimos para a análise da relação meio-fim, estabelecida pela derrota de uma norma que, como meio cumpre o fim de prevalência e aplicação de outra norma. Analisando este espaço normativo vazio, por um lado, e a relação meio e fim, por outro, depreendemos que a previsão do princípio da proporcionalidade é instanciada e, como tal, o princípio da proporcionalidade é chamado a resolver o conflito. Portanto, o princípio da proporcionalidade deve ser visto como uma norma de conflito, mas não como usuais normas de conflito tipificadas no nosso ordenamento jurídico, mas sim como uma norma de conflito residual.

4.5 A possibilidade de comparar o comprimento das linhas com o peso das pedras

Após a incursão sobre o teste da proporcionalidade e, consequentemente, sobre o método da ponderação é agora tempo de nos debruçarmos sobre uma das temáticas que mais tinta faz correr na literatura jurídica. Visto a ponderação não ser um método imune a críticas, bem pelo contrário, não causará, portanto, estranheza que este segmento explore mais uma das críticas apontadas à ponderação. Porém, há que referir que esta crítica apontada à ponderação de Robert Alexy, apresenta-se em certos pontos correta.

Começando pela escolha do título, visto, claramente, ser um pouco fora das escolhas feitas neste trabalho. O título em questão faz referência a uma afirmação do juiz Scalia, onde este afirmou que ponderar valores constitucionais concorrentes é como determinar se uma linha é mais longa do que uma rocha é pesada¹⁸⁸. Desta forma, a crítica que agora iremos expor prende-se com a possibilidade da ponderação dar uma resposta quando apresentado um conflito entre um princípio formal e um princípio material. Dando uma resposta rápida e frágil, somos da opinião que é possível, sim, comparar, e ponderar, duas realidades diferentes. Assim, recorrendo a um exemplo do nosso dia-a-dia, é usual sermos confrontados com duas possibilidades e só nos ser permitido executar uma, tendo estas possibilidades pesos e referências diferentes, não deixamos de fazer uma escolha baseada numa ponderação levada a cabo por nós. Neste ponto, recuperamos o exemplo já utilizado anteriormente, quando somos confrontados com a escolha entre ir a um aniversário de um familiar ou ir ver um jogo de futebol.

Assim, a pedra de toque neste segmento será uma possível ponderação entre um princípio formal e um princípio material. Dando uma explicação bastante lacônica, um princípio formal tem por objeto aspetos formais ou procedimentais de ação, enquanto que os princípios materiais têm por objeto aspetos materiais de ação. Desta forma, um princípio formal é uma norma que

¹⁸⁸ Beendix Autolite corp v Midwesco Enter., Inc, 486 U.S. 888. 897 (1988); também Niels Petersen utiliza um título idêntico em, How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones.

não vale pelo seu conteúdo. O exemplo perfeito de um princípio formal é o princípio do Estado de Direito Democrático.

Partindo da concepção que todas as normas são derrotáveis, uma vez que a derrotabilidade de uma norma resulta da sua própria estrutura¹⁸⁹. Assim, uma norma só é aplicada quando os seus pressupostos são preenchidos, porém nenhuma norma é completamente aplicada apenas por este fator, visto que há a necessidade de verificar se os pressupostos que fizeram aplicar esta norma, também não preencheram as condições de aplicação de outras normas. Nestes casos, dá-se um conflito tendo que recorrer a normas de conflito para solucionar a colisão normativa. Desta forma, o mesmo se verificará quando entram em rota de colisão dois princípios, um material e o outro formal.

Embora considerando que é possível ponderar quando estamos perante duas realidades distintas e, neste caso específico, interessa-nos a possibilidade de ponderar aquando da colisão de um princípio formal com um princípio material, somos também da opinião que é necessária uma reformulação do método ponderativo a aplicar. Esta alteração deve-se à presença de dois tipos de normas primárias em conflito que se mostram tão díspares no seu conteúdo, havendo, portanto, a necessidade de adaptar a ponderação às circunstâncias do caso. Esta adaptabilidade é defendida, neste ponto, para que o uso da ponderação não leve, por um lado, a um desrespeito por normas constitucionais de enorme importância para os particulares, e, por outro, para que o julgador não se intrometa de forma excessiva na atuação do legislador, acabando de certa forma substituindo o legislador nas suas funções, respeitando, deste modo, a tão apregoada separação dos poderes¹⁹⁰.

Estas críticas levantadas à indiferença por parte da fórmula de peso aquando de um conflito entre um princípio formal e um princípio material, foi aceite por Robert Alexy, que se viu desta forma instigado a reformular a sua fórmula de peso, para dar uma resposta capaz às críticas. Assim, o autor alemão procedeu à reestruturação da fórmula, atribuindo um peso diferente aos princípios materiais em comparação com os princípios formais. Neste ponto,

¹⁸⁹ Lopes, Pedro Moniz, Derrotabilidade normativa e jurisdição constitucional, Estudos de Teoria do Direito, Vol.I AAFDL, 2018.

¹⁹⁰ BÖCKENFORDE, Wolfgang, Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main, 1991, p. 190.

parece-nos de grande relevância, fazer referência a uma analogia utilizada por Pedro Moniz Lopes, onde este refere que quando estamos na presença de um conflito normativo e estando presente um princípio formal a resolução deste conflito não devia ser como que uma partida de futebol, ou seja, começar com um uma igualdade para ambos os lados, um 0-0¹⁹¹. Assim, este autor defende que a resolução do conflito deveria começar 1-0 para o lado do legislador, ou seja, o peso inicial de um dos lados do conflito seria, então, superior ao outro. E aproveitando esta analogia tão interessante e, ao mesmo tempo, tão pertinente, pensamos que seja este o objetivo de Robert Alexy quando reformula a sua fórmula de peso para que esta dê uma resposta mais correta aos conflitos entre princípios formais e materiais. Desta forma, a resolução do conflito normativo começa, não com os dois princípios em pé de igualdade, mas sim com um peso mais acentuado por parte de um deles.

Esta introdução de uma espécie de peso referência no princípio material mostra-se bastante interessante, porém temos a convicção que esta realidade não se apresenta como uma novidade na literatura jurídica. Assim, já Ronald Dworkin tinha ensaiado algo bastante idêntico aquando da sua conhecida formulação dos direitos como trunfos.

Portanto, esta secção irá agora desdobrar-se na análise de dois autores e, consequentemente, de duas doutrinas que no nosso entender acabam por se tocar em certos momentos, daí a inevitabilidade de expormos estas duas conceções. Destarte, primeiramente, iremos debruçar sobre o conceito de direitos como trunfos, desenvolvido pelo autor norte-americano, para logo de seguida analisarmos a reformulação levada a cabo por Robert Alexy, na sua fórmula de peso.

4.5.1 Direitos como trunfos em Dworkin

O contributo deixado por Ronald Dworkin para a ciência jurídica é de uma qualidade e originalidade inegável. Este autor, com o seu constante pensamento crítico, conseguiu destronar certos pilares do pensamento jurídico e filosófico, contribuindo para uma nova fase do mesmo.

¹⁹¹ Lopes, Pedro Moniz, Derrotabilidade normativa e jurisdição constitucional, Estudos de Teoria do Direito, Vol.I AAFDL, 2018.

Numa primeira fase do pensamento do autor americano, foi desenvolvida a sua Tese dos Direitos. Esta tese, tal como o nome indica, assume os direitos como tema central e foi desenvolvida primordialmente nos seus dois primeiros livros: *Levando os Direitos a Sério* e *Uma Questão de Princípio*.

A Tese dos Direitos desenvolvida por Dworkin é um aglomerado de diferentes subteses que retratam diferentes características dos direitos. Assim, segundo esta conceção, os direitos são: (i) objetivos individuais; (ii) demandas de justiça; (iii) trunfos dos indivíduos; (iv) construídos por um ajuste coerentista; (v) prévios ao direito positivo e por fim (vi) representados no Direito por princípios jurídicos.

Das diferentes subteses descritas em cima é possível retirar, desde já, uma conclusão, o pensamento de Dworkin apresenta-se como crítico da sua realidade. Primeiramente, as três primeiras subteses, ou seja, os direitos vistos como objetivos individuais, demandas de justiça e trunfos dos indivíduos têm um carácter antiutilitarista. Enquanto que as restantes subteses contrariam a visão positivista que Dworkin expõe, ao longo das suas obras.

Podemos considerar que esta conceção da tese de direitos pertence a uma primeira fase do pensamento do autor norte-americano. Nas suas duas primeiras obras, já referidas anteriormente, a tese em análise é o seu foco principal, cabendo à interpretação jurídica um papel secundário de complementaridade. Todavia, esta realidade alterna com a publicação do seu livro *Império do Direito*, onde a interpretação passa a ser a característica chave do seu pensamento, passando a tese dos direitos a ser vista como resultado da interpretação levada a cabo pela comunidade jurídica.

Antes de entrarmos no foco principal deste segmento, a subtese dos direitos como trunfos, é necessário, primeiramente, dedicar um certo tempo à conceção utilitarista, visto que esta corrente influencia de grande modo o trabalho do autor norte-americano. Após a clarificação desta corrente filosófica, será possível percorrer o caminho com passos certos e precisos na exploração do pensamento dworkiano.

4.5.2 O utilitarismo

O utilitarismo é uma corrente pertencente à filosofia moral. Esta corrente dá resposta a uma das questões básicas da filosofia: como é que devemos viver? A resposta é algo simples, visto que nos indica que devemos seguir a felicidade. No entanto, não devemos simplesmente seguir a nossa própria felicidade, como ao mesmo tempo refletir que custos a nossa felicidade pode trazer para os indivíduos que nos rodeiam e como é que as nossas ações irão afetar a felicidade dos restantes. Porém, numa conceção utilitária que tem sido utilizado nos dias que correm, o utilitarismo abrange não só os seres humanos como todos os seres que são capazes de sentir dor e prazer. Não é de estranhar que esta vertente mais abrangente do utilitarismo seja utilizada em debates acerca do sofrimento dos animais não humanos.

Jeremy Bentham, um dos “pais” da corrente filosófica do utilitarismo, na sua obra, começa por referir que a ação humana é influenciada por dois sentimentos distintos, a dor e a prazer. Destarte, o indivíduo age com o objetivo de retirar um certo prazer daquela ação ou, por outro lado, fugir da dor. Desta realidade acaba por formular o princípio da utilidade, onde através deste princípio é possível qualificar a ação de um indivíduo como correta ou errada tendo como ponto de partida a fomentação ou não da felicidade.

A felicidade para Bentham é a conjugação de conceitos como prazer, vantagem ou bem, com uma ideia de utilidade. Esta abertura semântica da palavra felicidade foi o ponto de partida para o aparecimento de diferentes correntes utilitárias. Portanto, podemos considerar um ato correto apenas se tivermos em consideração a felicidade retirada de um ato numa perspetiva de comunidade e não individual.

Por fim, para Bentham a utilidade das ações é um agregado de prazeres, onde se contabilizam os prazeres retirados por todos os indivíduos envolvidos e afetados por esse ato, deduzindo o sofrimento e dor dos mesmos, chegando quase que a um prazer líquido, sendo esta a base para a compreensão da felicidade.

Embora o autor citado anteriormente tenha sido o grande fundador desta corrente filosófica, ela foi difundida e defendida de forma bastante capaz por John Stuart Mill. Este autor sofreu uma grande influência de seu pai, James Mill, filósofo e economista, membro dos radicais filosóficos, grupo liberal orientado

por Bentham que influenciou a vida política da Grã-Bretanha e que desde muito cedo lhe apresentou a corrente do utilitarismo.

Stuart Mill continua o processo de difusão da corrente em análise, tomando como ponto de partida o pensamento de Bentham, trazendo à ribalta uma nova característica que influencia a concepção de ato correto ou errado. Para este autor, não é só necessário observar a quantidade de prazer que os indivíduos retiram de uma ação, mas também a qualidade de prazer. Portanto, poderá haver situações em que a quantidade de prazer seja elevada, mas que não traga um prazer de qualidade significativa, tendo então que se conjugar estes dois elementos para uma conclusão eficaz.

Como forma de resumo do pensamento de Stuart Mills, destaca-se a seguinte afirmação:

“O credo que aceita a utilidade, ou o Princípio da Maior Felicidade, como fundamento da moralidade, defende que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas na medida em que tendem a produzir o reverso da felicidade. Por felicidade entende-se o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, a dor e a privação de prazer¹⁹²”

Após analisarmos esta corrente filosófica que tanta influência teve no trabalho desenvolvido por Ronald Dworkin, é agora tempo de nos debruçarmos sobre o conceito de direitos como trunfos, explorado pelo autor norte-americano.

4.5.3 A subtese dos direitos como trunfos

Ronald Dworkin na introdução da sua obra, *Levando os Direitos a Sério*, crítica a teoria do direito dominante na sua época e, para tal, propõe-se a construir uma nova teoria liberal que consiga afastar a atual teoria. Para o autor norte-americano a teoria dominante seria uma conjugação entre o utilitarismo e o positivismo.

Considera que Bentham foi o último filósofo da corrente anglo-saxónica a propor uma teoria do direito que se articulava com uma teoria política e moral

¹⁹² STUART MILL, John, Utilitarismo (ed) Pedro Galvão. Pág.48

utilitarista. Embora as componentes da teoria original de Bentham tenham sido desenvolvidas e aperfeiçoadas por outros autores, é a corrente benthamiana que continua presente nas Universidades americanas e inglesas.

No que concerne ao carácter positivista observado na corrente dominante, esta foi desenvolvida ao longo dos anos, tendo atingido o seu apogeu com o contributo de Herbert Hart. Neste ponto, Dworkin considera que o autor positivista tende a ter apenas em consideração as regras explícitas e positivadas, deixando de lado o conteúdo das normas.

De forma resumida, o utilitarismo prende-se com o que o direito deve ser, enquanto que o positivismo representa o que o direito é.

Como forma de criticar e ultrapassar as adversidades que o liberalismo utilitarista-positivista traz, Dworkin propõe o retorno ao desenvolvimento da tese dos direitos. Para o autor americano multicitado, esta tese de extrema importância para o liberalismo apresenta-se como uma tese de enorme dificuldade para a teoria utilitarista-positivista, visto não a conseguir honrar. Assim, segundo esta tese, os indivíduos possuem direitos que são prévios à própria legislação e conseqüentemente à positivação. Estes direitos têm duas funções essenciais, primeiramente, orientam a legislação e, por outro lado, limitam as metas sociais.

Chegado a este ponto, é necessário referir o papel, tanto das metas sociais como dos direitos. Na obra *Taking Right Seriously*, Dworkin distingue dois objetivos políticos distintos. Primeiramente encontramos as metas sociais. Este objetivo político tem um carácter de todo, ou seja, procura que o titular deste direito seja a comunidade em si. Não procura satisfazer as necessidades individuais, mas atingir o maior número de indivíduos. As metas sociais têm como objetivo trazer bem-estar, numa constante demanda pela felicidade e utilidade. É possível apontar como exemplo deste objetivo político, o crescimento económico, a melhoria da saúde pública ou a erradicação do analfabetismo. Destarte, caso uma destas metas listadas não seja cumprida, é possível concluir que a procura pelo aumento de bem-estar e felicidade falhou. Se pensarmos numa sociedade que vive em grave estado de pobreza, entendemos imediatamente que não reúne o bem-estar. Assim, as metas sociais são, então, objetivos políticos que se encontram intimamente ligados com a corrente filosófica do utilitarismo.

Como já foi referido, ao procurar-se atingir de forma positiva a comunidade como um todo, dirige-se de encontro às pretensões de Stuart Mill e Bentham, onde o objetivo primordial é buscar a felicidade e o prazer para o maior número de indivíduos.

Em resposta às metas sociais, Dworkin apresenta outro tipo de objetivos políticos, aos quais chama de direitos. Estes direitos, ao contrário das metas sociais, apresentam um carácter individual. O seu objetivo primordial é beneficiar ou proteger cada indivíduo, não tomando em consideração a comunidade em que estão integrados. A principal diferença entre as metas sociais e os direitos é a procura por justiça. Se refletirmos sobre os direitos, dando como exemplo uma sociedade onde a liberdade de expressão não é cumprida, conseguimos concluir que há um défice de justiça perante os cidadãos. Realidade que não é procurada pelas metas sociais, uma vez que não é possível afirmar que numa sociedade com uma economia débil haja falta de justiça.

Todo o percurso feito até então, teve o intuito de explicar a tese dos direitos elaborada por Dworkin. É agora tempo de entrarmos na subtese dos direitos como trunfos.

Para Dworkin, os direitos analisados supra, têm a força para resistirem às pressões das metas sociais, isto é, os direitos têm a capacidade de prevalecer sobre as metas sociais quando confrontados por estas. Porém, é de salientar que nem todos os direitos têm esta capacidade, como explica o autor americano:

“But those constitutional rights that we call fundamental like the right of speech, are supposed to represent rights against the convenient in the strong sense, that is the point of the boast that our legal system respects the fundamental rights of the citizen”¹⁹³

Desta afirmação de Dworkin, podemos retirar que o indivíduo tem em seu poder direitos morais contra certas políticas do Governo e as suas políticas de cariz comunitário.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. Taking Right Seriously. Pág. 191.

Porém, estes direitos morais que servem como escudo contra as metas sociais estabelecidas pelo Governo não têm um peso absoluto, uma vez que, poderão em certas situações, ceder.

Dworkin critica o constante recurso ao bem-estar geral para justificar certas políticas públicas e aponta a necessidade de se encontrar argumentos mais cálidos para justificar certas atuações governamentais. Assim, na sua obra *Uma Questão de Princípio*, o texto com o título Liberalismo, apresenta-nos outro ponto-chave do seu pensamento: a igualdade.

Para o autor multicitado, a ideia de igualdade terá que ser trabalhada de duas formas. A primeira centra-se num igual respeito, enquanto que a segunda forma destaca uma igual consideração. Portanto, de forma resumida, a primeira forma trabalhada por Dworkin explicita que terá que existir um tratamento igual, ou seja, exatamente o mesmo tratamento para cada indivíduo. Já na segunda situação, a igualdade é considerada como tratamento diferenciado para cada caso.

Numa sociedade homogénea, esta problemática da igualdade levantada por Dworkin, seria facilmente superada com uma simples distribuição igual dos recursos disponíveis por todos os membros da sociedade. Todavia, não é esta a situação observada, sendo necessário recorrer à noção de direitos individuais que são vistos como trunfos sobre o bem-estar geral, assumindo a dupla precisão da igualdade contra a lógica utilitarista da democracia e do mercado. Para Dworkin, esta tensão entre bem-estar geral e direitos individuais é uma tensão aparente e superficial, já que ambos os conceitos se encontram fundados na igualdade.

Na literatura jurídica portuguesa, a temática dos direitos como trunfos também é desenvolvida e explorada, tendo que destacar e centrar as nossas atenções no trabalho de Reis Novais.

Nas suas obras o autor português atribui aos direitos fundamentais um cunho marcadamente contramajoritário. Partindo da conceção de Ronald Dworkin, Reis Novais demonstra ao longo das suas obras que ter um direito fundamental, em Estado Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. Tal como num jogo de cartas, a carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre cartas com um valor mais elevado.

Neste jogo de cartas temos, de um lado o indivíduo munido de trunfos, neste caso, direitos fundamentais, enquanto que, do outro lado temos o Estado. Assim, pode afirmar-se que:

“Ter um direito fundamental significará, então ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, o que em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, afinal, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos. A imagem dos direitos fundamentais como trunfos remete, nesse sentido, para a hipótese de uma tensão ou, até, uma oposição – dir-se-ia insuperável – entre os direitos fundamentais e o poder democrático, entre o Estado de Direito e democracia.¹⁹⁴”

Assim, Reis Novais mostra-nos que o Estado de Direito e Democracia se encontram numa constante tensão. Sabendo que, quando o autor português se refere a Estado de Direito e Democracia, está a referir-se a direitos fundamentais e democracia respetivamente, podemos fazer aqui uma ligação com o pensamento dworkiano. Ligando os direitos fundamentais com o conceito de direitos trabalhado por Ronald Dworkin e poder democrático com as metas sociais, concluímos anteriormente que a tensão entre os conceitos de Dworkin eram aparentes, realidade distinta na obra de Reis Novais.

Desta forma, segundo Reis Novais, o Estado de Direito exige Democracia, consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas. Esta característica da conexão entre os dois conceitos leva-nos para a tese da integração. Nesta tese é defendida uma conexão interna dos dois polos, Estado de Direito e Democracia. Estes dois polos complementam-se através da liberdade pessoal, presente no Estado de Direito e, numa liberdade política, figurada no regime democrático. Esta teoria é rececionada de forma empírica, uma vez que só encontramos um Estado de Direito, onde também exista democracia.

¹⁹⁴ REIS NOVAIS, Jorge, Direitos Fundamentais trunfos contra a maioria, pág.17.

Voltando à temática dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, o Professor Reis Novais aponta os direitos fundamentais como limites jurídico-constitucionais, relativamente à maioria governamental. Segundo esta concepção, o Estado de Direito encontra-se juridicamente limitado pelos direitos fundamentais. Portanto, mesmo que a maioria governamental democraticamente eleita considere ser necessário atingir um certo interesse público, só é realizável mediante a supressão da autonomia e liberdades individuais e, caso esteja protegida por um direito fundamental, a maioria não conseguirá quebrar por si só o princípio de Estado de Direito.

Todavia, o autor português, tal como Dworkin, refere que os direitos fundamentais também podem ser derrotados perante a força da maioria. Destarte, compreende Reis Novais que, em caso de conflito entre os direitos fundamentais e os direitos da maioria, após feita uma ponderação de bens e caso o direito pertencente à maioria governamental seja igualmente digno de proteção em circunstâncias que restringem o direito fundamental.

4.5.4 Peso Referência

Para a compreensão da teoria dos direitos como trunfos por parte de Dworkin, é necessário compreender o peso que os direitos têm para este autor. Esta temática não está completamente desenvolvida por parte de Dworkin nas suas obras. O autor americano vai deixando certas pistas ao longo do seu trajeto académico que iremos agora desvendar.

Como já foi referido neste relatório, embora os direitos tenham a força para prevalecer perante as metas sociais, isto não ocorre em todas as situações, ou seja, não têm um peso absoluto. Para Dworkin, há certas situações em que as metas sociais estabelecidas pelo Governo podem ter um papel primordial sobre os direitos vistos como trunfos.

Dworkin aponta três motivos que podem ser utilizados de forma consistente para limitar um determinado direito. Primeiramente, (i) o Governo pode demonstrar que os valores envolvidos pelo direito não estão realmente em jogo, ou que se encontram de uma forma debilitada. Por outro lado, (ii) se se mostrar que o direito definido tem uma aplicação marginal, então, algum direito competitivo numa ascensão forte será abreviado. Por fim, (iii) quando o

cumprimento do direito traz um custo demasiado elevado para a sociedade, traz igualmente um grau tão grande que se mostra suficiente para justificar um assalto à dignidade ou igualdade de quem possa estar envolvido.

Esta situação vai também ao encontro das palavras de Habermas, que regem o mesmo quando está em jogo a dignidade humana que, para o autor tem uma importância superior a outros direitos, podendo este ceder em determinadas situações.

Portanto, reforçamos a ideia de que os direitos como trunfos não apresentam um peso absoluto, tendo que ceder em determinadas circunstâncias. Concluimos, então, que estes direitos têm um peso de referência, ou seja, têm características e qualidades próprias que os fazem partir de uma posição adiantada em relação aos restantes direitos, embora nem sempre prevaleçam.

4.5.5 Filosofia Moral de Ross

Para entendermos a que se refere o conceito de peso de referência, necessitamos de recorrer novamente à filosofia e, mais concretamente, a um autor específico - William David Ross. Este autor escocês, tal como Dworkin, projetou a sua teoria como crítica ao utilitarismo.

O seu pensamento sofreu uma enorme influência de um dos mais difusores do Iluminismo, Immanuel Kant. Este filósofo defendeu que o valor moral de uma ação reside na intenção e não nas suas consequências, visto que, se não conhecermos as intenções de quem pratica a ação, não podemos determinar o seu valor moral.

Destarte, da ação podem resultar boas consequências, porém, para Kant isto não implica que terá valor moral. Por fim, para Kant uma ação só terá valor moral quando o objetivo de agir seja cumprir o dever pelo dever e não procurando uma recompensa, sem pensar nas consequências.

Após compreendermos o pensamento de Emmanuel Kant que influencia Ross, podemos voltar ao tema deste segmento. Ross foi um dos maiores filósofos do século XX que desenvolveu o seu pensamento na filosofia moral. O seu maior contributo para a filosofia deu-se com a obra *The Right and The Good*,

que iremos agora analisar e entender a influência na subtese dos direitos como trunfos.

Assim, não é possível encontrar um princípio que consiga explorar o porquê de certas coisas serem consideradas boas ou más e que de facto esta crença seja verdadeira. Portanto, Ross ao aperceber-se de tal facto, debruçou-se sobre a temática trazendo, assim, uma inovação para o campo da filosofia moral. Desta forma, Ross divide o seu trabalho em dois conceitos essenciais: o *Right* e o *Good*.

Começando pelo conceito *Right*, ou certo, W.D. Ross refere que há cinco deveres que permitem especificar se um fator conta a favor ou contra um ato. Desta forma, os deveres apresentados por Ross são: (i) o dever da reparação, ou de corrigir um erro que fizemos anteriormente, (ii) o dever de gratidão, ou o dever de retomarmos serviços que no passado tivéssemos aceite benefícios, (iii) o dever de promover um máximo agregado e, por fim, (iv) o dever de não-maleficência, ou o dever de não prejudicar os outros.

Os deveres acima mencionados não têm todos o mesmo grau de importância. Ross defende que o dever de não-maleficência é mais importante do que o dever de promover o máximo bem possível e que, mesmo os deveres de fidelidade, reparação e gratidão têm um peso maior do que em comparação com o dever de promover o bem.

A explicação para esta hierarquia desenvolvida por Ross é bastante simples, todos os deveres observados, tirando o dever de promover o bem, estão fixados por relações pessoais com os outros, enquanto que o dever de promover o bem é um dever geral.

Ross atribui, então, uma extrema importância à relação pessoal e às relações que geram obrigações, como é o caso de marido e mulher, pai e filho ou credor e devedor.

A grande inovação trazida por Ross é que estes princípios se estabeleçam *prima facie* ao invés de obrigações absolutas. Esta inovação trouxe uma maior contagem no debate entre utilitaristas e não utilitaristas. O autor escocês refere que um dever *prima facie* é fundamentalmente diferente de um dever próprio, ou obrigação moral. Sempre que alguém tem que tomar uma decisão moral, numa situação na qual há mais do que um dever *prima facie*, é necessário estudar a situação, o máximo que puder até formar uma opinião, considerando que nas

circunstâncias um dos deveres é mais incumbente do que qualquer outro. Destarte, o dever *prima facie* é aquele dever que eu julgo o mais humanamente na situação e então provavelmente a minha obrigação moral.

Passando agora para o conceito de *Good*, Ross defende que existem quatro coisas intrinsecamente boas, sendo elas, justiça, prazer, conhecimento e virtude, esta última como a disposição para agir sobre qualquer motivo.

Virtude, conhecimento e prazer são estados da mente, enquanto que justiça é uma relação entre estados da mente.

Numa escala hierárquica, a virtude e o conhecimento são os mais importantes, respetivamente, sendo o que tem menor valor é o prazer, embora se observe alterações na forma como Ross interage com estes conceitos. Com a publicação da obra *Foundations of Ethics*, Ross acabou por desenvolver estes conceitos de forma particularmente diferente, porém o conteúdo geral analisado até agora serve perfeitamente para as intenções do trabalho.

Assim, estes dois conceitos devem ser aplicados à teoria dos direitos como trunfos de Dworkin. Fazendo um paralelismo entre as correntes de Dworkin e de Ross, é possível afirmar que os direitos correspondem ao conceito de *Right*, enquanto que as metas sociais serão vistas como pertencentes ao conceito de *Good*. Desta forma, o *Right* deverá prevalecer perante o *Good*, indo de encontro às pretensões da tese de Ronald Dworkin. Deste modo, fica perceptível a afirmação de Rawls: “*priority of the right over the good*”. Tal como Ross defende, há situações em que o conceito de *Right* poderá ter que cair perante uma situação onde o bem que uma ação trará seja imensamente superior. É neste ponto que encontramos, novamente, uma conexão entre as duas teses em estudo, já que Dworkin defende que também os direitos podem sair derrotados quando nos encontramos perante uma situação de extrema importância, onde o bem da comunidade terá que prevalecer sobre os direitos individuais.

4.5.6 A teoria dos princípios formais de Robert Alexy

Após a análise jurídico-filosófica dos direitos como trunfos de Ronald Dworkin é tempo de analisar a teoria dos princípios formais de Robert Alexy, e examinar em que pontos é que estas duas teorias se cruzam.

A formulação de uma “teoria dos princípios formais” por parte de Robert Alexy tem sido uma das temáticas que mais controvérsia tem trazido para as discussões jurídicas nos últimos anos. Tem-se escrito sobre a estrutura dos princípios formais, sobre o papel desempenhado nas relações que estabelece com os princípios materiais e o seu peso a quando da ponderação. Robert Alexy refere mesmo que esta temática tem trazido mais perguntas do que respostas¹⁹⁵.

Retomando a exposição desenvolvida aquando da distinção entre regras e princípios, Alexy apresenta os princípios como mandatos de otimização¹⁹⁶, que em função dessa característica entrarão em conflito com outros princípios e que, portanto, terão que ser ponderados¹⁹⁷. Assim, os princípios formais, como princípios que são, são também mandatos de otimização. Porém o objeto de otimização deste género de princípios são as decisões legais vindas das autoridades produtoras de normas com eficácia para tal¹⁹⁸.

Alexy utiliza como exemplo para representar os princípios formais, o princípio democrático. Assim, este princípio é referido como um princípio democrático representativo e não direto. Como já foi referido, os princípios têm que ser realizados na sua maior possibilidade, segundo a teoria de Robert Alexy, teoria esta que já foi analisada e criticada no local exato para tal, contudo, para facilitar a exposição continuaremos a usar a definição e estrutura elaborada pelo autor alemão. Assim, o princípio da democracia legitimado pela legislatura tem que tomar decisões de relevo para a sociedade na maior medida possível¹⁹⁹.

Por outro lado, os princípios materiais têm como objeto de otimização conteúdos determinados, ao contrário dos princípios formais que têm conteúdos de certa forma gerais ou com maior grau de abstração²⁰⁰. São exemplos de princípios materiais, os princípios da liberdade de expressão, proteção do ambiente, entre outros.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert, Formal Principles: *Some Replies to Critics*, International Journal of Constitutional Law 12 (2014), 511-524, pág. 511.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, pág. 86; ou A Theory of Constitutional Rights, pág. 47.

¹⁹⁷ ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, pág. 89 e 90.

¹⁹⁸ ALEXY, Robert, Formal Principles: *Some Replies to Critics*, pág. 516.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ ALEXY, Robert, Formal Principles: *Some Replies to Critics*, pág. 515.

Embora estes princípios tenham características diferenciadoras entre si, estes podem e devem ser ponderados caso entrem em conflito. Exemplo desta resolução de conflito entre princípios formais e princípios materiais é a fórmula Radbruch, fórmula utilizada pelos tribunais alemães para decidir em casos de injustiça legal. Esta fórmula é resultado da ponderação entre o princípio material de justiça e o princípio formal de certeza jurídica²⁰¹. Não obstante estes princípios possam e devam ser ponderados, o método ponderativo a utilizar não será aquele que Alexy determinou inicialmente, apontando, agora, três modelos de ponderação para estes conflitos. Cada modelo difere na relação estabelecida entre princípios formais e princípios materiais na ponderação a realizar.

O primeiro modelo apresentado é o modelo puro material-formal. Neste modelo, o princípio formal é ponderado sozinho contra um princípio material. Este modelo é uma recriação da fórmula Radbruch, já mencionada anteriormente. Porém, a utilização da fórmula e, conseqüentemente, do modelo puro, leva a que o princípio da segurança jurídica prevaleça sobre o da justiça em todos os casos de injustiça, exceto nos casos de extrema injustiça. Nos casos de extrema injustiça, o princípio material de justiça prevaleceria sobre o princípio da segurança jurídica.

O segundo modelo a que Alexy faz referência é o modelo combinado. Este modelo é, inicialmente, tratado por Lei da Combinação²⁰². O modelo combinado foi elaborado pelo autor alemão como forma de responder às críticas que o primeiro modelo recebeu por parte da comunidade jurídica. Assim, ao contrário do modelo puro, onde o princípio formal era ponderado sozinho contra um princípio material, neste modelo o princípio formal só pode fazer pender a balança caso esteja acompanhado por um princípio material.

Tal como se verificou no primeiro modelo exposto, o princípio formal, também aqui, prevalece sobre o princípio material em grande parte dos conflitos. Esta prevalência normativa cria um problema constitucional de grande relevo, visto Alexy considerar que os direitos constitucionais são o paradigma dos princípios materiais. Observando-se, assim, casos justificados, por este método,

²⁰¹ Para mais detalhes sobre a fórmula Radbruch ver: ALEXY, Robert, *Formal Principles: Some Replies to Critics*, pág. 517; e A Defence of Radbruch's Formula, in Loyd's Introduction to Jurisprudence.

²⁰² ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, pág. 423.

de inconstitucional. Embora, o segundo método proposto tenha trazido uma alteração significativa, com a presença combinada entre princípio formal e princípio material, o problema visto anteriormente continua presente. Assim, o princípio material subjacente à interferência legislativa, embora sem peso suficiente para derrotar o princípio consagrado na constituição, poderia sobrepor este último com o auxílio do princípio formal²⁰³, criando novamente uma intromissão desproporcionada nos direitos consagrados na constituição.

Com a finalidade de resolver os problemas que os modelos anteriores traziam, Robert Alexy elaborou um terceiro método para resolver os conflitos entre princípios formais e materiais. Este novo método ficou conhecido por Modelo Epistémico. O ponto de partida para entender este modelo é a fórmula do peso elaborada pelo autor alemão.

Tendo presente a fórmula de peso já abordada neste trabalho, não iremos voltar a expor as variáveis da fórmula para que este segmento não se torne repetitivo, como tal, as nossas atenções irão recair sobre a variável R da fórmula. Esta variável ao contrário dos fatores W e I , que se referem ao peso material dos princípios em ponderação, é caracterizado por ser um fator epistémico, uma vez que se refere ao nosso conhecimento ou crenças sobre os fatores relevantes. Alexy apresenta esta variável como um problema de grau, tendo criado uma escala triádica, onde R apresenta os valores de “confiável”, ou “certo”, “plausível” e “não evidentemente falso”. Estes conceitos foram expressos em valores numéricos de 1, $\frac{1}{2}$ e $\frac{1}{4}$ ²⁰⁴, respetivamente.

Alexy volta a distinguir as variáveis materiais (I e W) por um lado e a variável epistémica (R), por outro. Assim, à primeira variável dá o nome de valores materiais e à segunda de valor epistémico. Quando o valor epistémico é 1 na escala triádica o valor material continua não afetado, porém quando o valor é inferior a 1 os valores materiais saem enfraquecidos. Podemos concluir que o peso concreto de um princípio em ponderação irá corresponder ao produto obtido entre os valores materiais e formais. Porém, a importância do valor epistémico R não fica por aqui. O peso de um princípio irá diminuir com a diminuição do valor de R . A diminuição do valor de R irá levar a um aumento do

²⁰³ ALEXY, Robert, *Formal Principles: Some Replies to Critics*, pág. 519

²⁰⁴ ALEXY, Robert, *Formal Principles: Some Replies to Critics*, pág. 515.

grau de incerteza quanto à realização dos pressupostos do princípio em ponderação, levando a uma diminuição do peso deste mesmo princípio.

No modelo epistémico, que temos vindo a analisar, os princípios formais não participam diretamente na ponderação dentro da fórmula de peso, já que são considerados por Alexy uma segunda-ordem de ponderação. Iremos então explicar o que esta terminologia quer dizer. Segundo o autor alemão, os objetos que entram na fórmula de peso são apenas os princípios materiais, conhecidos por primeira-ordem de ponderação. Já os princípios formais apenas entram na fórmula de peso num nível completamente diferente, a que o autor dá o nome de “meta-nível”. A única preocupação desta segunda-ordem de ponderação é justificar a inclusão das variáveis epistémicas (R_i e R_j) e determinar o seu valor²⁰⁵.

Como já foi referido anteriormente, esta alteração do modelo de ponderação quando estão em causa princípios formais e princípios materiais deveu-se à crítica levantada por parte da comunidade jurídica que realçou a possibilidade de desrespeito por normas constitucionais. Desta forma, Alexy com a formação de uma segunda-ordem de ponderação permite que os princípios com consagração em normas constitucionais, sendo considerados por este como mandatos de otimização, sejam influenciados tanto por otimização material como epistémica. A otimização epistémica dos direitos constitucionais requer que o grau de certeza nas premissas que interferem com os direitos constitucionais seja o mais alto possível.

Utilizando novamente o exemplo do princípio democrático, a sua otimização demanda que seja executado na sua maior medida possível, tendo que, em certas situações, o poder legislativo decidir sob uma camada de incerteza²⁰⁶. Portanto a colisão entre princípios formais e direitos constitucionais, neste caso, princípios materiais, é inevitável. Podemos retirar deste conflito entre princípios formais e princípios materiais mais um exemplo perfeito da estrutura das inúmeras possibilidades de previsões dos princípios, explicado anteriormente neste trabalho, que abrange tanto princípios formais como materiais. O grau de incerteza verificado em cima é de extrema importância na elaboração da segunda-ordem de ponderação de Robert Alexy. Desta forma,

²⁰⁵ *Ibidem*, págs. 520 e 521.

²⁰⁶ ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, págs 416 e 417.

podemos concluir que a relação entre princípios formais e princípios materiais depende do valor epistémico. Se o valor epistémico for certo, ou seja, igual a 1, o princípio consagrado pelo direito constitucional prevalece sobre o princípio formal, uma vez que o princípio material não sofre interferência. Por outro lado, se o valor epistémico for “possível” ou “não evidentemente falso” o princípio formal irá prevalecer sobre o princípio material. Nesta situação, o valor será menor que 1 e, portanto, o impacto do valor material será reduzido pelas considerações formais.

Capítulo V. Considerações finais

Chegado a este ponto é agora hora de fazer um balanço final, encerrado, assim, a exposição até agora elaborada. Como nos tínhamos proposto a elaborar na fase inicial desta dissertação, percorremos três etapas distintas até chegarmos aqui. Assim, recordando o leitor do percurso trilhado:

- (i) Começamos por fazer uma distinção entre princípios e regras. Esta distinção entre princípios e regras não pode ser vista como apenas uma enumeração de teses e, por fim, a escolha de uma. Ao analisarmos as diversas teorias conseguimos perceber as falhas de cada uma, chegando ao final com uma capacidade de escolha muito superior. Como podemos ver, as teses embora diferentes tocavam-se em certos pontos, podemos verificar que praticamente todas as teses referiam que a diferença entre regras e princípios estava presente no maior raio de ação, assim dizendo, por parte das normas-princípios. Porém, em todas estas era possível detetar uma falha que colocava em causa a teoria toda. Portanto, a escolha recaiu sobre a tese de Pedro Moniz Lopes e David Duarte, que consagram genericidade do antecedente do princípio, como grande diferença para com as regras. Contudo, esta tese pode em algumas situações falhar, e não por esta se encontrar com alguma lacuna nela sim, mas sim pelo mau manuseamento do conceito de princípio por parte do legislador. Este mau manuseamento, no nosso entender, está relacionado em grande medida com o sentimento despertado pela palavra princípio. Princípio além de ter um conceito jurídico, tem também um conceito sociológico, uma vez que esta palavra está associada a valores mais altos. Assim, não será estranho perceber que o legislador possa utilizar o conceito princípio de forma errada, como acontece quando se refere ao princípio do direito à vida.
- (ii) Por outro lado, abordamos os conceitos de conflitos normativos. Este capítulo do trabalho grande importância e relevo, quando é

necessário encaminhar o conflito entre princípios para um dos tipos de conflitos. Como foi observado, a doutrina divide-se entre mencionar os conflitos entre princípios como conflitos em abstrato ou em concreto. Assim, repetindo de forma breve o que já foi exposto anteriormente, somos da opinião que o conflito entre princípios se encontra a meio caminho entre o conflito em abstrato e conflito em concretos. Esta ideia híbrida deve-se, essencialmente, à genericidade do antecedente normativo. Enquanto que há ações específicas, do princípio, que são facilmente desvendadas, ou por ser um princípio já bem trabalhado pela jurisprudência ou pela doutrina, como é o caso do princípio da liberdade de expressão, há, porém outras situações onde é de extrema dificuldade descobrir certas ações específicas da norma, necessitando que se realizem em concreto.

- (iii) Por fim, dissertamos sobre o princípio da proporcionalidade e a sua função de proteção dos direitos fundamentais. Assim, foi indicado neste trabalho o princípio da proporcionalidade como a consagração da ponderação, algo que não se apresenta como novidade. Desta forma, pensamos que o segmento que poderá ter mais interesse, neste capítulo, será o de considerar o princípio da proporcionalidade como uma norma de conflito residual, para tal associamos a relação meio e fim presente na previsão do princípio com a relação, também ela, de meio e fim que se observa quando duas normas entram em conflito.

Após esta pequena incursão pelos pontos mais importantes, no nosso entender, deste trabalho, há que concluir que embora durante, praticamente todo o trabalho, seja possível verificar uma defesa do método ponderativo, há que referir que se defende a ideia de ponderação, ou seja, a ideia de se ter um instrumento que permite dar uma resposta minimamente segura a conflito de difícil solução. Porém, acreditamos que o caminho a seguir passe pelo aperfeiçoamento do método ponderativo, através da modificação das variáveis, por exemplo. Contudo, o caminho a não seguir passa pela tentativa de fugir à ponderação, uma vez que é preciso aceitar que estamos perante uma falha

lógica do sistema normativo e como tal é necessário dar uma resposta através de critérios materiais, reforçando a confiança nos juízes, que como foi possível verificar, pelo menos nos dois exemplos dados, têm toda a mestria e capacidade para trabalhar com o método, e deixando de confundir uma má decisão judicial com a insuficiência do método ponderativo e da sua fórmula de peso.

Bibliografía

AARNIO, Aulis. Las reglas en serio. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. La normatividad del derecho. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALCHOURRÓN, C.E. (1981), “G.H. von Wright y los desarrollos de la lógica deóntica”, en Anuario de Filosofía jurídica y social 1, pp. 121-149.

ALEXY, Robert. “Rights, legal reasoning and rational discourse” *Ratio Juris*, Vol. N.º5, number 2, July, 1992

___ “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001.

___ “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, in Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 66, 2002, págs. 13-64.

___ “On balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, en *Ratio Juris* vol. 16, nº 4, 2003, págs. 433-449

___ “On the concept and the nature of law”, *ratio juris*, Vol. 21, number 3 september, 2008

___ “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, 32, 2009

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan, “Permissions, Principles and Rights. A Paper on Statements Expressing Constitutional Liberties”, *Ratio Juris*, Vol. 9, Number 3, September, 1996.

___ “Sobre princípios e regras, *Law E-Journal*, Trad. de Renata Quinaud e Flávio Quinaud Pedron, Consultado online

___ Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos, Barcelona, Ariel, 1996

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BAYON, Juan Carlos, “Razones & Reglas: sobre el concepto de “razón excluyente, de Joseph Raz” *Doxa*, n.10, 1991, pags. 25-66

BARAK, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun. 2005

___ *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I – vol. I – n. 6. Salvador –BA. Setembro de 2001.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidade como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislativo*, 4ª ed. Universidad Externato de Colombia, 2014.

BÖCKENFÖRDE, Wolfgang, *Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, 1991

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANAS, Vitalino, *O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações*, in *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, org. Jorge Miranda, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 1999.

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica Dell'interpretazione Giuridica*. Bologna: il Mulino, 2007

De OTTO, Ignacio “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, in: De OTTO, Ignacio. e MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1988.

DAVID, Duarte. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa - A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2004.

___2010. Normative Conditions of Balancing: Drawing up the Boundaries of Normative Conflicts That Lead to Balances. In *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*. Ed. J. R. Sieckmann, 51–62. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.

___2012. An Experimental Essay on the Antecedent and Its Formulation. *i-lex: Scienze giuridiche, scienze cognitive e intelligenza artificiale* 16: 37–60.

DWORKIN, Ronald. The model of rules. *The University of Chicago Law Review*, n. 35, p. 14-16, 1967.

___Taking Rights Seriously, Harvard University Press, 1977.

ESSER, Josef. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Barcelona: Bosch, 1961.

FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.

_ Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia, Madrid, Trotta, 2007.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GUASTINI, Riccardo. Estudios sobre la interpretación jurídica, tradução de M. Gascón y M. Carbonell, México D.F., Porrúa, 2000.

___ I principi nel diritto positivo. In *Distinguendo. Studi di teoria e metateoría del diritto*, Torino: Giappichelli, 1996.

___ Interpretare E Argomentare. Milano: Giuffrè, 2011.

GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso. 2. ed. Madrid: Trotta, 2000.

HART, Herbert. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

___ *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 2001

LOPES, Pedro Moniz, Derrotabilidade normativa e jurisdição constitucional, Estudos de Teoria do Direito, Vol.I AAFDL, 2018.

KEARNS, Thomas R. "Rules, Principles, and the Law" The American Journal of Jurisprudence vol. 18: 114-135, Notre Dame Law School, Indiana, EE.UU., 1973.

MANIACI, Giorgio, "Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy" *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº. 20, abril, 2004, págs. 137-177.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David, Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, Barcelona-Madrid-Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

___ *The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights*. Law and Philosophy 30 (6):729-749, 2011.

MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, vol. IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

NEVES, António Castanheira, Metodologia jurídica. Problemas fundamentais, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

PECZENIK, Aleksander, On law and reason, 2ª Edição, Springer, Great Britain, 2009

PINO, Giorgio, Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli, in *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 32 (2009), págs. 647-664.

POUND, Roscoe, "*An introduction to the philosophy of law*", New Heaven: Yale University Press, 1922

POUND, Roscoe. Mi filosofía del derecho. In: CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan (Orgs.). El ámbito de lo jurídico: lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo. Barcelona: Ed. Crítica, 2000.

PRIETO SANCHÍS, Luís, "Diez argumentos a propósito de los principios", en PRIETO SANCHÍS, Luís, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998.

___ "Constitucionalismo y garantismo", in M. Carbonell e P. Salazar (coords.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de L. Ferrajoli*, págs. 41-57.

___ "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", in PRIETO SANCHÍS, Luís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, págs. 217-260.

QUEIROZ, Cristina, *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

RAMOS PASCUA, José Antonio. "El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser". *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, t. IX: 269-290. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

RAMIÃO, Rúben, A Teoria dos Princípios, in *O Direito*, ano 146º, IV, 2014
"A Critical Analysis on Robert Alexy's Theory of Legal Principles", *Lisbon Law Review*, 2015, 181-195.

RAZ, Joseph, *Razón Práctica & Normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991

RIVERS, Julian, "Proportionality and Variable Intensity of Review," 65 *Cambridge L. J.* 174, 200 (2006).

RODRÍGUEZ, Jorge. *Lógica de Los Sistemas Jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

SANCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidade*, México D.F.. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da, O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, in: *Revista de Direito do Estado* 4 (2006): págs. 23-51.

WANG, Peng-Hsiang, "Principals as ideal out semantic considerations on the logical structure of principals", *In legal reasoning: the methodes of balancing*

ZUCCA, Lorenzo., Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA (Oxford: Oxford University Press, 2007).

___Conflicts of Fundamental Legal Rights as Constitutional Dilemmas. in Brems E (eds.), Conflicts Between Rights, (Antwerp/Oxford: Intersentia, 2008).

Índice

Resumo

Abstract

Capítulo I. Considerações Iniciais

Capítulo II. Regras e Princípios

2.1 Tese da separação fraca

2.1.1 A tese do nível de abstração, generalidade ou vagueidade

2.1.2 Tese da importância da norma

2.1.3 Tese da resolução de conflitos normativos

2.2 Tese de separação forte

2.2.1 Distinções antecedentes

2.2.2 Tese de Ronald Dworkin

2.2.3 Tese de Robert Alexy

2.2.3.1 Reformulação da tese dos mandatos de otimização

2.2.4 Tese da distinção de Atienza e Ruíz Manero

2.2.5 Tese das normas categóricas e hipotéticas

2.2.6 Tese de genericidade do antecedente

Capítulo III. Conflitos Normativos

3.1 Classificação das Antinomias

3.1.1 Critério da Pertinência da norma

3.1.2 Critério de Validez

3.1.2.1 Conflitos autênticos e conflitos aparentes

3.1.2.2 Classificação da coincidência dos âmbitos de validade

3.2 Critérios de resolução das Antinomias

3.3 Conflito entre princípios

3.3.1 A concepção negadora de conflitos entre princípios

3.4 Conflitos em concreto e em abstrato

3.4.1 Previsibilidade dos conflitos em concreto

3.4.2 Conflitos constitucionais como antinomias em concreto?

Capítulo IV. Ponderação

4.1 Condições normativas de ponderação

4.2 Modelos de ponderação

4.2.1 Modelo de ponderação de Robert Alexy

4.3 Como ponderar?

4.3.1 Princípio da proporcionalidade

4.3.1.1 Princípio da adequação

4.3.1.2 Princípio da necessidade

4.3.1.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

4.4 Princípio da proporcionalidade como norma de conflito

4.5 A Possibilidade de comparar o comprimento das linhas com o peso das pedras

4.5.1 Direitos como trunfos em Dworkin

4.5.2 O Utilitarismo

4.5.3 A subtese dos direitos como trunfos

4.5.4 Peso referência

4.5.5 Filosofia Moral de Ross

4.5.6 A teoria dos princípios formais de Robert Alexy

Capítulo V. Considerações finais

Bibliografia